3 1761 06739914 7

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1800.

K

G5675A8
Th.6
Abtl.1

LIBRARY
NOV 23 1970
UNIVERSITY OF TORONTO

Fortsetzung
des vierten Titels
De Minoribus XXV. annis.

§. 460.

Die Restitution der Minderjährigen setzt eine erlittene Läsion voraus.

Minderjährige können jedoch nur gegen solche Geschäfte die Restitution suchen, durch die sie eine wirkliche, und auch nicht ganz unerhebliche Verletzung erlitten haben [1]). Sie wird ihnen daher ertheilet,

I) wenn sie ein Recht verloren, das sie hatten, oder sonst eine wirkliche Verminderung ihres Vermögens erlitten haben, und zwar nicht nur

a) in aussergerichtlichen Geschäften, z. B. durch Vergleich [2]), Theilung gemeinschaftlicher Sachen [3]), Kauf, oder Verkauf [4]), letzter sey von ihnen selbst [5]), oder von ihren Pfandgläubigern zu ihrem Nachtheil geschehen [6]); Erlassung

1) *L.* 44. *D. h. t. L.* 9. *pr. L.* 49. *D. eodem.*

2) *L.* 1. *et* 2. *C. Si adv. transact.* DOMPIERRE h. t. § 59.

3) *L.* 1. *Cod. cit.* VOET ad Pand. h. t. §. 20.

4) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

5) *L.* 1. *et* 2. *C. Si adv. vendit.*

6) *L.* 7. §. 1. *D. de distract. pign. L.* 1. *et* 2. *C. de praed. et aliis reb. minor. L.* 1. *Cod. Si adv. vendit.* DOMPIERRE h. t. §. 32.

sung einer Schuld [7]), Aufnahme eines Darlehns [8]), Annehmung einer Zahlung [9]), Novation, wodurch sie einen unsichern Schuldner statt eines sichern angenommen [10]), u. d. sondern auch

b) in gerichtlichen Geschäften, z. B. durch Verabsäumung einer Nothfrist, Vernachläßigung der Beweißmittel, oder zuständiger Exceptionen, unterlassene Einwendung der ihnen gegen ein gravirliches Urtheil zukommenden Rechtsmittel, u. d. m. [11]).

II) Wenn

7) *L.* 27. §. 2. *D. h. t.*

8) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Hat der Minderjährige das erborgte Geld unsicher ausgelehnt, so muß er seinem Gläubiger das Recht an seinen Schuldner abtreten. Hat er für das Geld ein Grundstück, aber viel zu theuer, gekauft, so kann er verlangen, daß der Verkäufer dasselbe zurücknehme, und ihm sein Geld wieder herausgebe, damit der Gläubiger davon bezahlt werde. Hat hingegen der Minderjährige das Geld verschwendet, dann verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht ganz.

9) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Daß die Zahlung dem Vormund, oder mit dessen Einwilligung dem Minderjährigen geleistet worden ist, sichert den Schuldner nicht, wenn der Minderjährige um das Geld kommt. *L.* 1. *Cod. Si adv. solution.* S. *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 9. (in *Thes. Meermannian.* T. VI. pag. 47.) Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 26. Nur gegen eine unter gerichtlichem Ansehen geschehene Zahlung findet keine Restitution Statt. §. *ult. I. Quib. alienare licet. L.* 25. *Cod. de admin. tutor. et curator.* VOET ad Pand. h. t. §. 22. und Ge. Jac. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. 18.

10) *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

11) *L.* 7. §. 11. *L.* 36. *D. h. t. Tot. Tit. Cod. Si adv. rem iudicat.*

II) Wenn sie einen Vortheil, den sie aus einem gegründeten Recht hätten erlangen können, aus den Händen gelassen haben [12]). Z B ein Minderjähriger hat aus Uebereilung ein Vermächtniß nicht angenommen, oder bey einer legirten Option das Schlechtere statt des Bessern gewählt [13]), oder eine Erbschaft ausgeschlagen; nur müssen freylich in diesem letztern Falle die Intestaterben nicht etwa schon die Erbschaft veräussert haben, sondern es muß noch res integra seyn [14]). Wäre indessen der Minderjährige ein suus heres, und er hätte von der väterlichen Erbschaft aus Leichtsinn abstinirt, so kann er noch die Restitution erhalten, wenn auch die Erbgüter schon verkauft wären [15]). Endlich

III) wenn sie eine Beschwerde oder Verbindlichkeit übernommen haben, die sie hätten ablehnen können [16]). Dahin gehört, wenn ein Minderjähriger eine nachtheilige Erbschaft angetreten [17]), oder ein beschwerliches Legat angenom-

 men

12) *L. 7. §. 6. et 8. D. h. t.*

13) *L. 7. §. 7. D. eod.*

14) *L. 24. §. 2. D. eodem.*

15) *L. ult. in fin. Cod. de repudianda vel abstin. hereditate.* VOET h. t. §. 24. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIX. Tit. 2. §. 40. in fin.

16) *L. 6. D. h. t.*

17) *L. 7. §. 5. et 9. D. h. t.* Nach diesem Gesetz kann sogar der Minderjährige gegen die Antretung einer Erbschaft auch dann die Restitution erhalten, wenn er gleich schon vorhin einmal selbige repudiirt, und dagegen die Wiederherstellung erhalten hatte. Allein nach der *L. fin. §. 6. Cod. de bonis, quae liber.* geht das nicht mehr so schlechthin an, *ne ludibrio leges ei fiant, saepius eandem et amplecti et respuere hereditatem cupienti*, wie Justinian sagt. Man will jedoch dieses Ge-

men [18]), oder für einen Andern Bürgschaft geleistet hat [19]), u. d. m.

Es muß nur aber immer

1) eine wirkliche Läsion vorhanden seyn. Die Restitution fällt daher weg

a) wenn der Minderjährige unterlassen hat, seinen Schuldner durch Interpellation in moram zu versetzen. Denn bey den Schuldnern der Minderjährigen tritt der Verzug mit seinen Wirkungen ipso iure ein. Es müssen daher dem minderjährigen Gläubiger die Vorzugszinsen bezahlt werden, wenn auch keine Interpellation geschehen ist [20]).

b) Wenn er versäumt hat, eine Klage, die blos auf Rache abzweckt, anzustellen. Er wird daher gegen eine unterlassene Injurien-Klage nicht restituirt [21]).

c) Wenn

Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Vater die Erbschaft für seinen unmündigen filiumfamilias angetreten, oder repudiirt hatte, und dieser nachher gegen die Handlung seines Vaters restituirt worden ist. Denn Justinian sagt gleich nachher: *Si enim, quod pater fecit, filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est; quomodo ferendus videatur, iterum iudicium amplectens, quod post patris voluntatem contraria affectione aspernendum esse existimavit.* Man sehe VOET ad Pand. h. t. §. 27. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 45.

18) *L.* 33. *D. h. t.*

19) *L.* 7. §. 3. *D. eod.*

20) *L.* 3. *Cod. in quib. cauf. restitut. in integr. necessaria non est.* Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Band. 94.

21) *L.* 37. *pr. D. h. t.*

c) Wenn er unterlassen hat, die Ermordung seines verstorbenen Erblassers gerichtlich zu ahnden [22]). Denn einem minderjährigen Erben schadet das crimen inultae mortis nichts [23]).

d) Wenn seiner Forderung noch keine praescriptio longissimi temporis, oder wenigstens keine temporelle Conventionalverjährung entgegen stehet. Denn gegen den Lauf einer praescriptionis legalis longi temporis ist er schon ipso iure gesichert [24]). Allein eine Conventionalpräscription,

22) *L.* 1. *Cod. in quib cauſ. reſtitut. in integr. nec. non eſt.*

23) *L.* 6. *Cod. de his, quibus ut indignis.*

24) *L.* 3. *C. quibus non obiicitur longi temp. praeſcr. L. fin. Cod. in quib. cauſ. reſtit. in integr. nec. non eſt. L.* 3. *C. de praeſcr. XXX. vel XL. annor.* Hierdurch ist also die *L. un. C. Si adv. uſucap.* nach welcher der Minderjährige auch gegen den Ablauf der Usucapion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen muß, um so mehr aufgehoben, als nach der *L. un. C. de transform. uſucap.* die Usucapion mit der longi temporis praescriptione einerley Rechte hat. VOET h. t. §. 29. Die Präscriptionen gerichtlicher Nothfristen im Proceß gehören jedoch hierher nicht. Diese laufen auch den Minderjährigen, *L.* 7. §. 11. *D. h. t. L.* 13. §. *ult. Cod. de Iudic. L.* 1. *C. Si ſaepius in integr. reſtit.* und hierin ist durch die *L. fin. C. in quib. cauſ.* nichts geändert, wie *I. H.* BOEHMER in Diss. de cursu praescriptionis contra minores suspenso (*Halae* 1729.) §. 24. gezeigt hat. Gegen diese muß also der Minderjährige die Restitution suchen. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen indessen den Minderjährigen auch gegen eine dreyßigjährige Präscription die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestatten; z. B. VOET c. l. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 824. Allein man sehe GIPHANIUS Explanat. ad L. ult. Cod. In quib. cauſ. in integr. reſtitut. nec. non eſt. p. 105.

tion, d. i. eine solche Einrede, welche demjenigen entgegen gesetzt werden kann, der sein Recht binnen der durch Vertrag bestimmten Zeit nicht ausgeübt hat, steht dem Minderjährigen allerdings entgegen. Z. B. wenn sich derselbe bey dem Verkauf eines Grundstücks den Wiederkauf binnen einer gewissen Zeit vorbehalten, oder einen Kauf sub lege commissoria geschlossen hat. Hat in diesen Fällen der Minderjährige die Zeit versäumt, so muß er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen[25]). Endlich

e) wenn das Geschäft, in Ansehung dessen der Minderjährige eine Verbindlichkeit übernommen hat, zu seinem Besten geschlossen worden, und für ihn wirklich vortheilhaft ist[26]).

2) Die Läsion muß durch das Geschäft selbst entstanden seyn, wider welches der Minderjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht. Wenn daher das Geschäft mit aller Vorsicht geschlossen worden ist, und der Minderjährige durch bloßen Zufall Schaden bey der Sache leidet; z. B. der Minderjährige kauft zu seiner Bedürfniß ein Pferd, und dieses fällt ihm darauf durch bloßen Zufall; so findet seine Wiederherstellung Statt, denn sein Verlust liegt nicht in dem geschlossenen Geschäft[27]). Hätte er hingegen den Zufall bey grösserer Ueberlegung und Vorsicht verhüten können, der Zufall ist also ein casus mixtus; so kann ihm

p. 105. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. Th. 23. in fin. und DOMPIERRE h. t. §. 65.

25) *L.* 38. *D. h. t.* VOET h. t. §. 30. und DOMPIERRE h. t. §. 66.

26) LEYSER Specim. LX. med. 10.

27) *L.* 11. §. 4. *D. h. t.*

ihm die Restitution nicht versagt werden. Z. B. es tritt ein Minderjähriger eine Erbschaft an, die Anfangs ganz vortheilhaft zu seyn schien. Allein sie enthielt viel Sachen, die der Sterblichkeit unterworffen waren. Hätte sie der Minderjährige in Zeiten verkauft, wozu es ihm nicht an Gelegenheit fehlte, so hätte er den Schaden, den er durch eintretende Sterbfälle nachher erlitten hat, leicht verhüten können. Es fanden sich überdem verborgene Schulden, die man aber doch hätte vermuthen können. Kurz die Erbschaft leidet eine beträchtliche Verminderung. Hier kann er restituirt werden [28]). Endlich

3) muß auch die Verletzung offenbar und nicht unerheblich seyn [29]). Der Richter muß dies aus den Umständen beurtheilen, und nach der Billigkeit erwägen [30]). Denn wollte man die Minderjährigen um jeder unerheblichen Ursache willen in integrum restituiren, so würde man ihnen, wie Paulus [31]) sagt, mehr Schaden als Vortheil schaffen, wie es Niemand leicht wagen würde, sich mit solchen Personen in einen Handel einzulassen.

§. 461.

Gegen wen kommt den Minderjährigen die Restitution zu?

Die Restitution sucht der verletzte Minderjährige

 1) ge-

28) *L.* 11. §. 5. *D. h. t.* Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Minderjähriger etwas auf das Loos hat ankommen lassen, und dadurch in Schaden gekommen ist. NUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.

29) *Io.* PARLADORIUS Rer. Quotidian. Lib. II. cap. fin. §. 13. n. 18. u. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 44.

30) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. *β.*

31) *L.* 24. §. 1. *D. eodem.*

1) gegen den, mit welchem er das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, so wie auch gegen dessen Erben[32]). Ja sie wird ihm sogar gegen solche Personen ertheilt, wider welche ein anderer Gläubiger mit seiner Klage nichts ausrichten kann; z. B. gegen einen filiumfamilias, dem er ein Darlehn gegeben, oder gegen eine Frauensperson, die sich für den Schuldner des Minderjährigen verbürgt hat, insofern er nämlich von diesem seine Bezahlung nicht erhält[33]). Magis enim aetatis ratio, sagt **Ulpian**[34]), quam Senatusconsulti habenda est. Auch gegen den Fiscus wird der Minderjährige restituirt[35]), es muß nur der Fiscus die Sache des Minderjährigen nicht etwa wegen einer Schuldforderung, die er an diesen hatte, verkauft haben, obgleich auch in diesem Falle dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand alsdann nicht versagt werden kann, wenn desselben Sache durch Collusion und Betrug des Fiskalischen Sachwalters um einen zu geringen Preiß verkauft worden ist[36]). Hat der Minderjährige den nachtheiligen Handel mit einem andern Minderjährigen geschlossen; so kommt es nach **Ulpians**[37]) Entscheidung zuförderst darauf an, wer von beyden verletzt ist. Ist einer von bey-

32) *L.* 6. *et* 7. *Cod. de in integr. restit. minor.*

33) *L.* 11. §. 7. *et L.* 12. *D. h. t.*

34) *L.* 11. §. 7. *D. eod.*

35) *L.* 1. *C. Si adv. fiscum.*

36) *L. fin. Cod. eod.* LAUTERBACH Collg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

37) *L.* 11. §. 6. *D. h. t. L.* 34. *D. eodem.* S. *Io. Siegfr.* WIENTZEK Commentat. de vero sensu L. 11. §. 6. et 7. D. de minorib. *Uratislaviae* 1778.

beyden durch den Handel reicher geworden, so kann derjenige, welcher den Schaden erlitten hat, Wiederherstellung erhalten. Sollten aber beyde verletzt seyn, und beyde sich auf ihre Rechtswohlthat berufen, z. B. ein Minderjähriger hat von dem andern Geld aufgenommen, und solches verlohren, so kann nur derjenige, der das Geld empfangen hat, allein die Restitution erhalten, um von der Zurückzahlung befreyet zu werden, nicht der Anleiher, weil hier eine Collision gleicher Rechte eintritt, in welcher das besondere Recht des Beklagten dem Recht des Klägers vorgeht [38]).

2) Gegen leibliche Eltern wird jedoch die Restitution den Minderjährigen nicht ertheilt, weil es gegen die Ehrerbietung, welche Kinder ihren Eltern schuldig sind, streiten würde, zu behaupten, daß sie von ihren Eltern verletzt oder vervortheilt worden wären [39]). Dahingegen findet gegen Adoptiv-Eltern, ferner gegen Stiefeltern, so wie auch gegen eine leibliche Mutter, als gewesene Vormünderin, wenn sie durch ihre Wiederverheyrathung die Kinder in Schaden

38) Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 28. und *Alb. Phil.* FRICK Disp. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante (*Helmstadii* 1796.) §. 14. Einen besondern Fall von zwey Minderjährigen, von denen jeder ein Loos in der Lotterie genommen, und einer dem andern versprochen hatte, daß er dasjenige, was er mit seinem Looße gewinnen würde, mit dem andern theilen wolle, hat BAUER in Respons. iuris Resp. XCI.

39) *L.* 2. *C. Qui et adv. quos. Tob. Iac.* REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones Vol. II. Obs. 20. pag. 34. sq.

gebracht hat, die Restitution Statt[40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe[41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein rechtlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen[42]). Könnte also der Minderjährige den Schadens-

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

42) *L.* 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denſerſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L.* 14. *D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona fide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L.* 9. *pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

d) wenn von Kindern, als suis heredibus, der Minderjährigkeit wegen die Wiederherstellung gegen eine geschehene Loßsagung von der väterlichen Erbschaft gesucht wird, so kommt ihnen solche nicht nur gegen den statt ihrer eingetretenen Erben, sondern auch gegen den Dritten zu statten, an welchen die Erbgüter veräussert worden sind[46]).

§. 462.

Die Restitution der Minderjährigen bringt nicht immer alles wieder in den vorigen Stand. Zuweilen fällt sie ganz weg.

Die Wirkung einer wegen der Minderjährigkeit erhaltenen Restitution ist zwar nach den Grundsätzen zu bestimmen, welche oben[47]) von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt sind vorgetragen worden; es ist jedoch hier noch folgendes zu bemerken.

1) Nicht immer kommt durch die Wiederherstellung eines Minderjährigen die Sache ganz wieder in den Zustand zurück, in welchem sie vorher war, sondern zuweilen geschieht die Restitution ex nunc und salvo iure tertii. Dieß ist der Fall, wenn ein Minderjähriger gegen die geschehene Antretung einer Erbschaft restituirt wird. Denn hier bleibt

a) alles

öffentlichen Verkauf an den Meistbietenden (venditione fiscali) die feilgebotene Sache aus den Händen gehen ließ, weil er überboten wurde. Allein man sehe *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris. pag. 246. sqq.

46) *L. 6. in fin. Cod. de repud. vel abstin. heredit.* Wesphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft ꝛc. §. 264. S. 141.

47) Man sehe den 5. Theil dieses Commentars §. 442.

a) alles gültig, was derselbe vor der Restitution, da er die Erbschaft noch unter sich hatte, als Erbe vorgenommen hat, damit kein Dritter unter dieser Veränderung leide. Was er daher an Vermächtnissen oder an Schulden aus der Erbschaft bereits bezahlt hat, braucht er selbst nicht wieder zu erstatten, und es können auch diejenigen Gläubiger, welche ihr Geld erhalten haben, deshalb von andern Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden [48]). Nur die bereits ausgezahlten Vermächtnisse müssen von den Legatarien zurückgegeben werden. Derjenige, welcher nun statt des Minderjährigen die Erbschaft erhält, kann sie als eine Nichtschuld zurückfordern [49]). Wer hingegen von den Erbschaftssachen etwas gültig an sich gekauft hat, darf es behalten, der Minderjährige mag das dafür erhaltene Geld noch haben oder nicht [50]).

b) War dem Minderjährigen auf den Fall, da er die Erbschaft nicht antreten würde, ein Anderer substituirt; so wird die durch die Antretung der Erbschaft einmal erloschene Substitution [51]) dadurch nicht wieder gültig, wenn der Minderjährige gegen die geschehene Adition restituirt wird [52]). Denn

48) *L.* 22. *D. h. t.* *L.* 31. *D. eodem.*

49) *L.* 5. *D. de condict. indeb.* VOET h. t. §. 26.

50) *L.* 44. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* Westphal im angeführten Commentar §. 208. S. 109.

51) *L.* 5. *Cod. de impub. et aliis subst.*

52) *L.* 7. §. 10. *D. h. t.* *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. IV. cap. 9. *Arn.* VINNIUS Select iuris Quaestion. Lib. I. cap. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. T. II. Lib. XXVI. Tit. 6. Qu. 8. insonderheit WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 30. (nach der neuesten Ausgabe

Denn die Wirkung der erhaltenen Restitution bestehet in diesem Falle nur darin, daß der Minderjährige die Erbschaft, so weit er sie besitzt, und nicht dolo zu besitzen aufgehört hat, herausgeben muß, und hierdurch von aller weitern Verbindlichkeit eines Erben befreyet wird[53]). Keinesweges aber kann diese Wirkung so weit erstreckt werden, daß man rechtlich annehmen könnte, als sey der Minderjährige nie Erbe gewesen, weil nach einem bekannten Grundsatz des Civilrechts derjenige nie aufhört Erbe zu seyn, der es einmal geworden ist[54]).

2) Die Restitution fällt ganz weg, wo Wiederherstellung des vorigen Zustandes nach der Natur des eingegangenen Geschäfts unmöglich ist. Daher findet keine Wiederherstellung Statt,

a) ge-

be *Ienae* 1791.) Anderer Meinung sind zwar VOET ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. VI. §. 14. *Aut.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. III. cap. 4. *Claud.* CHIFLETIUS de Substitutionibus cap. 13. ODDUS de Restitut. in integr. P. II. Quaest. LXII. Art. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 6. §. 16. u. a. m. allein die Gründe dieser Meinung sind widerlegt von *Theod. Christ. Frid.* RAYDT in Exerc. iur. civ. ad L. VII. §. 10. D. de minor. sist. disquisit. quaestionis controversae: an heredi substituto, instituto adversus aditionem hereditatis ob minorem aetatem in integrum restituto, deferatur ius succedendi. *Lingae* 1794.

53) *L. un.* §. 2. *C. de reputation. quae fiunt in iud. in int. restitut.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 118. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. LXII. Westphal a. a. O. §. 210. b.

54) *L.* 88. *D. de hered. instit.*

a) gegen eine Manumission, sondern der Minderjährige kann hier blos auf das Interesse gegen denjenigen klagen, durch den er dadurch lädirt worden ist [55]).

b) Gegen eine vollzogene Ehe [56]). Denn diese kann nur wegen einer Verletzung der ehelichen Treue getrennt werden [57]). Ist hingegen die Ehe noch nicht vollzogen, so findet gegen ein bloßes Eheverlöbniß die Restitution ohne Zweifel Statt [58]), wenn der minderjährige Verlobte zeigen kann, daß es ihm nachtheilig sey [59]); ja es bedarf nicht einmal nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten [60]) eines besondern Beweises, daß ihm die Sponsalien nachtheilig sind, weil sie insofern immer schon an sich als nachtheilig anzusehen sind, daß sie die Freyheit, eine andere Ehe einzugehen, einschränken, und den Minderjährigen, wenn er sie wider seinen Willen und Neigung vollziehen müßte, eine mißvergnügte Ehe befürchten lassen. Gegen nachtheilige Ehe-

55) *L.* 9. §. *fin.* L. 10. L. 11. *D. h. t.* L. 2. *et* 3. *Cod. Si adv. libertatem.*

56) *I. H.* BOEHMER Ius Eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. I. §. 79. DOMPIERRE h. t. §. 54.

57) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. VIII. §. 57. not. *β.*

58) BOEHMER iur. eccles. Protest. c. l. §. 87. sqq. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 5. Der Minderjährige muß nur nicht etwa seine Braut geschwängert haben. S. Kleins Annalen der Preuß. Gesetzgebung. 12. Band Nr. VII. S. 32.

59) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCXCV. med. 8.

60) BOEHMER c. l. §. 88. und WALCH Introd. in controv. iur. civ. c. l. §. 4. pag. 42. Diese Meinung ist auch in den Preuß. Gerichten angenommen. S. Kleins Annalen a. a. O. S. 33.

Eheverträge, wodurch ein Minderjähriger, z. B. bey der Schätzung des Heyrathsguts, verletzt worden ist, findet ebenfalls die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt [61]).

3) Zuweilen bleibt die dem Minderjährigen ertheilte Restitution ohne Wirkung, nämlich wenn der Minderjährige keinen Gebrauch davon machen will, wozu ihn niemand nöthigen kann. Wollte sein Gegner in einem solchen Falle wider ihn ex causa iudicati klagen, so würde er ihm die Einrede (exceptio utilis) entgegen setzen können, daß nicht um seinetwillen die Restitution ertheilt sey, und er sich nicht beschweren dürfe, wenn die Sache in dem Zustande bleibt, in welchen sie durch ihn selbst gebracht worden ist [62]).

§. 463.

Wie lange kann die Restitution der Minderjährigkeit wegen gesucht werden?

Wenn die Frage ist, wie lange die Restitution wegen der Minderjährigkeit gesucht werden könne, und wenn diese Zeit zu laufen anfange? so sind folgende Fälle zu unterscheiden. Der Minderjährige sucht entweder selbst die Wiederherstellung, oder dessen Erbe.

I) Wenn der Minderjährige selbst die Restitution verlangt, so muß sie der Regel nach binnen vier Jah-

61) *L.* 9. §. 1. *D. h. t. L. un. Cod. Si adv. dotem.* DOMPIERRE h. t. §. 55. und *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de remediis emendandae laesionis ex dote. (*Goetting* 1791.) §. 22. sqq.

62) *L.* 41. *D h. t.* NOODT Comm. h. t. pag. 118.

Jahren gesucht werden. Diese Zeitfrist wird von dem ersten Moment des sechs und zwanzigsten Jahrs an gerechnet[63]). Ob dabey vorauszusetzen sey, daß der Verletzte auch schon Wissenschaft von der erlittenen Läsion gehabt habe, oder ob es darauf nicht ankomme, ist zwar in der Theorie sehr streitig[64]), in der Praxis aber ganz entschieden, daß die Restitutionsfrist erst a tempore scientiae zu laufen anfange[65]). Von jener Regel finden folgende Ausnahmen Statt.

a) Wenn der Minderjährige veniam aetatis erhalten hat. Hier fängt das quadriennium, wenn die Restitution wegen solcher Läsionen gesucht wird, die der Minderjährige vor geschehener Großjährigkeitserklärung erlitten hat, erst von der Zeit zu laufen an, da das deshalb ergangene Majorennitätsrescript bey dem competenten Richter insinuirt worden ist; und läuft nicht eher zu Ende, als bis der privilegirte Minderjährige die wirkliche Majorennität erreicht hat[66]). Daher kann nun in einem solchen Falle die Restitutionsfrist oft viel länger als vier Jahre dauern, wenn wir z. B. annehmen, daß der Minderjährige im 18. oder 19. oder 20. Jahre die veniam aetatis erhalten hat[67]).

b) Wenn

63) *L. ult. Cod. de tempor. restit. in integr.*

64) Man sehe den 5. Th. dieses Commentars §. 439. S. 442.

65) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Qu. 20. Art. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II §. 830. Schmids hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Band Nro. II. S. 7. ff.

66) *L. 5. Cod. de tempor. in integr. restitut.*

67) ODDUS c. l. Art. I. nr. 5. sq. und KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integrum §. 3. pag. 23.

b) Wenn ein minderjähriger suus heres sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hat, so kann er, wenn auch die vier Jahre, binnen welchen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden kann, schon verflossen sind, doch noch binnen andern drey Jahren die geschehene Abstinenz wiederrufen, und mittelst der Restitution die väterliche Erbschaft erhalten [68]).

II) In Ansehung der Erben eines Minderjährigen ist ein Unterschied zu machen, ob der Erblasser während der Minderjährigkeit gestorben ist, oder nach erreichter Volljährigkeit.

1) Ist der Erblasser **während der Minderjährigkeit** gestorben, so geht das ganze quadriennium auf den Erben über, und dieses läuft,

a) wenn der Erbe majorenn ist, von der Zeit an, da derselbe die Erbschaft angetreten oder die bonorum possessionem erhalten hat [69]); wenn hingegen

b) der Erbe noch minderjährig ist, so wird es erst von der Zeit an gerechnet, da derselbe majorenn geworden ist [70]).

2) Starb der Minderjährige **nach erreichter Volljährigkeit**, so kann der Erbe nur noch binnen der Zeit die Restitution suchen, die seinem Erblasser zu diesem Zweck

68) *L. ult. Cod. de repud. vel abstin. heredit.*

69) *L.* 5. §. 3. *Cod. de tempor. in integrum restitut.*

70) *L.* 19. *D. h. t. L.* 5. §. 1. *Cod. de tempor. in integr. restitut.*

Zweck noch übrig war[71]); und dieser Rest des quadri ennii kommt

a) einem volljährigen Erben von Antretung der Erbschaft an zu gute[72]);

b) wenn aber der Erbe noch minderjährig ist, so vollendet selbiger erst von da an seinen Lauf, da der Erbe die Majorennität erreicht hat[73]).

§. 464.

Was muß bey der Restitution der Minderjährigen bewiesen werden?

Wenn aus dem Grunde der Minderjährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird, so muß der Richter untersuchen, ob auch die Sache zu einer Restitution geeigenschaftet sey. Der Gegentheil muß daher mit seinen Einwendungen gehört werden. Sucht also der Minderjährige die Restitution gegen die Antretung einer Erbschaft, so müssen die Gläubiger des Erblassers vorgeladen, und dagegen gehört werden[74]). Dem Imploranten liegt nun zu beweisen ob,

I) daß das Geschäft, wowider die Restitution gesucht wird, noch während der Minderjährigkeit geschlossen worden sey. Die Minderjährigkeit kann auf mancherley Art bewiesen werden;

71) *L.* 5. §. 2. *Cod. eodem.*

72) POTHIER Pand. Iustinian. Tit. de Restitutionibus in integr. Nr. VII. Cas. 4. und KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integrum. §. 3. pag. 24. nr. IV.

73) *L.* 19. *D. h. t.*

74) *L.* 29. §. 2. *D. h. t.*

a) durch Zeugen, die bey der Geburt des Minderjährigen gegenwärtig waren, z. B. Hebammen, oder die doch wenigstens von der Geburtszeit desselben Wissenschaft haben, wie z. B. die Nachbaren, Taufpathen, Domestiquen, welche zur Zeit der Geburt im Dienst der Eltern standen, u. a.[75]). Ob auch das Zeugniß der Mutter des Minderjährigen zulässig sey? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. *Franc. de* CALDAS[76]) läugnet dieses. ODDUS[77]) hingegen behauptet, wenn das Zeugniß der Mutter noch durch die eidliche Aussage eines andern glaubwürdigen Zeugen unterstützt wird, so sey ein vollkommener Beweis vorhanden. Diese Meinung nimmt auch **Mascard**[78]) an; und sie läßt sich durch den Ausspruch des **Terentius Clemens**[79]): etiam matris professio filiorum recipitur, um so mehr rechtfertigen, da auch nach dem kanonischen Recht[80]) das Zeugniß der Eltern in solchen Fällen überhaupt für zulässig gehalten wird, wo es auf den Beweis behaupteter Thatumstände ankommt, die ihnen eben darum, weil sie die nächs-

75) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 15. und besonders *Io. Christph. Ge. de* HEDEMANN Diss. de auxilio, quod aetati impertitur, s. de restitutione minorum. *Goett.* 1751. §. 29.

76) Commentar. ad L. *Si curatorem habens* Cod. de in integrum restitut. minor. (in *Tractatuum de in integr. Restitutionibus* Tom. IV.) verb. *minoribus* nr. 13. pag. 231. sq.

77) De Restitutionibus in integrum P. I. Quaest. 37. Art. 5.

78) Conclusiones Probationum. Concl. DCLXIX. nr. 7. sqq. Vol. II. pag. 187.

79) *L.* 16. *D. de probat.*

80) *Cap.* 3. *X. qui matrimon. accus. poss. Cap.* 22. *X. de testibus.*

nächsten Verwandten sind, besser, als fremden Personen, bekannt seyn müssen[81]).

b) Durch Documente, und zwar

1) öffentliche. Dahin gehören Auszüge aus Tauf- und Kirchenbüchern. Es kann jedoch der Beweis der Minderjährigkeit durch den kirchlichen Taufschein gewöhnlich nur alsdann geführt werden, wenn es nicht gerade auf den Beweis der Stunde der Geburt ankommt, weil selten die Geburtszeit eines Kindes in den Taufbüchern bemerkt wird, und wenn dies auch geschieht, so hat doch der Pfarrer hiervon nur ex relatione aliorum seine Wissenschaft, und ist daher in Ansehung dieses Umstandes blos als ein testis de auditu anzusehen[82]).

Bey den Römern mußten die Eltern nach einer gewissen Verordnung des K. Marcus Aurelius Antoninus ihre neugebornen Kinder binnen dreyßig Tagen, von Zeit ihrer Geburt an gerechnet, bey den Praefectis aerarii Saturni angeben. Ein gleiches geschahe in den Provinzen bey den Tabulariis publicis[83]). Diese Acten sollten nun zwar eigentlich und hauptsächlich dazu dienen, um die freye

81) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 12. und L b. XXII. Tit. V. §. 29. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 16.

82) *I. H.* BOEHMERI ius parochiale Sect. IV. cap. I. §. 30. und SCHAUMBURG Compend. iur. Digestor. h. t. §. 2. in fin.

83) *Iul.* CAPITOLINUS *in Marco* cap. 9. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 5. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 14. §. 4. pag. 266.

Geburt eines Römers daraus zu erweißen[84]); doch konnten sie auch allerdings zum Beweis des Alters gebraucht werden[85]). Da indessen der Fall vorkommen konnte, daß die Eltern zuweilen aus Rache und Haß gegen einander auch offenbare Unwahrheiten angaben, wie das Beyspiel bey Scävola[86]) lehrt, so war hier wenigstens der Beweis des Gegentheils nicht zu verwerfen[87]).

2) Privatdocumente. Dahin gehören z. B. Gevatterbriefe, und schriftliche Aufzeichnungen der Eltern, z. B. in der Haus-Bibel, welche, wenn sie besonders erst nach dem Tode der Eltern producirt werden, und übrigens unverdächtig sind, allen Glauben verdienen[88]).

c) Der Beweis hingegen, der blos durch Anschauen des Körpers, und dessen äussere Gestalt und Beschaffenheit geführt wird, ist trüglich[89]), und kann wenigstens alsdann gar nicht in Betrachtung kommen, wenn die Restitution erst nach erreichter Volljährigkeit gesucht wird[90]).

Hier-

84) CAPITOLINUS sagt a. a. O. *ut si forte aliquis in Provinciâ natus causam liberalem diceret, testationes inde ferret.*

85) *L.* 2. §. 1. *D. de excusat. L.* 13. *D. de probat. L.* 2. *C. de his qui ven. aetat. impetrar.* DOMPIERRE h. t. §. 18. VOET ad Pand. h. t. §. 12.

86) *L.* 29. §. 1. *D. de probat.*

87) *L.* 14. *Cod. de probat. Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. VII. §. 14.

88) MASCARDUS de Probationibus Vol. II. Conclus. DCLXX. VOET ad Pand. h. t. §. 12. de HEDEMANN cit. Diss. §. 30.

89) *L.* 32. *D. h. t.* CALDAS in Comm. ad L. 3. Cod. de in integr. restit. minor. verb. *minoribus* nr. 4. sqq.

90) DOMPIERRE h. t. §. 14.

Hiernächst muß

II) auch die Läsion, und daß dieselbe aus dem Geschäft herrühre, wowider die Restitution gesucht wird, ebenfalls erwiesen werden[91]), insofern nicht das Geschäft ein solches ist, dessen nachtheilige Folgen, auch ohne weitern Beweis, einleuchten, wie schon an einem andern Orte[92]) bemerkt worden ist. Jedoch ist auch hier der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen[93]).

§. 465.

Wer hat noch sonst die Rechte der Minderjährigen?

Nach dem Beyspiel der Minderjährigen genießen eine gleiche Restitutionswohlthat

1) diejenigen Personen, welche zwar schon majorenn sind, aber doch wegen ihres körperlichen oder Seelenzustandes sich ausser Stand befinden, ihr Vermögen selbst zu verwalten, und daher unter der Curatel stehen. Dahin gehören Taub- und Stummgebohrne, Wahnsinnige, und die diesen sonst gleichgeachtet werden[94]). Keinesweges aber Frauensperſonen[95]), als solche, auch nicht Witwen[96]).

91) MASCARDUS Vol. II. Concl. DCCCCLXII.

92) S. den 5. Th. dieses Comment. §. 438. S. 430. f.

93) *de* HEDEMANN cit. Diss. §. 38.

94) Arg. *L.* 8. §. 2. *L.* 11. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt. L.* 15. §. 1. *D. de curat. furios. L.* 3. *C. de restit. in int. minor.* VOET h. t. §. 55. DOMPIERRE h. t. §. 102.

95) DOMPIERRE c. l.

96) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXI. med. 9.

2) der Staat[97]) und nach der Praxis alle andere Gemeinheiten, z. B. Städte, Dorfschaften, Handwerkszünfte, und andere erlaubte Collegien; weil sie sich mit den Minderjährigen in sofern in gleicher Lage befinden, daß sie ihre Güter auch durch andere müssen verwalten lassen[98]).

3) Kirchen, und andere pia corpora[99]).

4) der Fiskus[100]).

Ich bemerke hier noch folgendes.

a) Den hier genannten moralischen Personen kommt die Restitutionswohlthat zu, wenn auch der Implorat, wider welchen die Restitution gesucht wird, ebenfalls eine moralische Person seyn sollte[1]). Sie wird daher einer Kirche auch wider eine andere Kirche ertheilt[2]).

b) Das

97) *L.* 3. *C. de iure Reipubl. L.* 4. *C. Quib. ex cauſ. major.*

98) GAIL Obſervat. Lib. II. Obſ. 26. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſ. 74. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. II Obſ 317. *Tob. Iac.* REINHARTH Diſſ de reſtitutione in integrum univerſitatis. Erf. 1733. §. 23. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 832.

99) *Cap.* 1. 3. *et* 6. *X. de in integr. reſtitut. Cap.* 11. *X. de reb. eccleſ. alienand.*

100) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 87. CANNEGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſell. Tom. I. Deciſ. 4. HOMMEL Rhapſod Quaeſt. for. Vol. II. Obſ. 322.

1) REINHARTH cit. Diſſ. §. 37.

2) *Cap.* 3. *et* 5. *X. de reſtitut. in integr. Cap.* 1. *et* 2. *eod. in* 6*to.*

b) Das quadriennium, binnen welchem die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden muß, fängt bey diesen Personen von der Zeit zu laufen an, da sie den erlittenen Schaden in Erfahrung gebracht haben [3]).

3) *Cap.* 1. *de restitut. in integr. in 6to. Clem. un. eodem.* CARPZOV Responsor. iur. Lib. II. Resp. 96. nr. 12. et 13. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 41. §. 9. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. II. Obs. 324. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. I. c. §. 32. in fin.

Lib. IV. Tit. V.

De capite minutis.

§. 466.

Die Wiedereinsetzung der Gläubiger wegen der Kapitisdeminution ihres Schuldners findet h. z. T. nicht mehr Statt.

Die vierte Ursache der prätorischen Restitution ist die capitis deminutio. Da von der Kapitisdeminution und ihren Wirkungen schon an einem andern Orte[4]) ausführlich gehandelt worden ist, so bemerke ich hier nur, daß bey dieser Restitution eine capitis deminutio minima vorausgesetzt wird. Hatte nämlich ein Schuldner eine solche Kapitisdeminution, es sey durch Adoption, oder durch Emancipation, erlitten, so erloschen dadurch die bürgerlichen Verbindlichkeiten aus Contracten dergestalt, daß nach dem strengen Rechte keine Klage gegen ihn weiter Statt hatte. Denn die Feyerlichkeit des Scheinverkaufs und der damit verknüpften Manumission, mit welcher ehemals die Adoption und die Emancipation bey den Römern geschahe, versetzte denjenigen, der hierdurch eine Kapitisdeminution erlitte, ist eine *causam servilem imaginariam*, wie **Paulus**[5]) sagt; und mit dieser konnte keine obligatio civilis bestehen. Weil nun den Gläubigern kein Rechtsmittel zustand, eine solche Kapitisdeminution zu verhindern, so hielt es der Prätor für billig, denselben ihre verlohrne Forderungen zu restituiren. Der Capite minutus selbst konnte sich jedoch

4) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 128.

5) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

doch diese Restitution eben so wenig zu Nutze machen[6]), als derjenige Gläubiger, der seinen Schuldner selbst adoptirt hatte[7]). Denn beyde hatten in den Verlust ihrer Rechte gewilliget. Wie konnten sie also die Restitution wegen eines Schadens verlangen, an dem sie selbst Schuld waren?

Heutiges Tages ist diese Restitution ausser allem Gebrauch, weil der Grund derselben wegfällt, indem so wenig die Adoption als die Emancipation eine causam servilem imaginariam weiter zur Folge hat[8]).

6) VOET ad Pand. h. t. §. 3. ist zwar anderer Meinung, allein *Anton.* FABER in Rational. ad L. 8. D. h. t. und DOMPIERRE h. t. §. 12. haben das Gegentheil gezeigt.

7) *L.* 2. §. 4. *D. h. t.*

8) COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. *x.* pag. 378. DOMPIERRE h. t. §. 16. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 848.

Lib. IV. Tit. VI.

Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur.

§. 467.

Von welcher Restitution ist hier die Rede? Was heißt Absentia? wie wird sie eingetheilt?

Obgleich eine Person, welche majorenn ist, aus mancherley Ursachen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten kann, so hat doch der Prätor in dem Edict, welches in diesem Titel erkläret wird, blos von derjenigen Ursache gehandelt, da Jemand entweder wegen seiner eigenen Abwesenheit, oder wegen der Abwesenheit seines Gegners, die ihn ausser Stand setzte, sein Recht zu verfolgen, einen Verlust desselben erlitten hat. Schon Terenz[9]) gedenkt dieser Restitution, und der Urheber derselben ist der Prätor Publicius[10]).

Das Wort Abwesenheit (*absentia*) wird hier nicht in der Bedeutung, wie in der Lehre von der Verjährung, genommen[11]); sondern Abwesend heißt hier in der Materie

9) In *Phormione* Act. II. Sc. IV. v. 9.

— — — — *Mihi*
Sic hoc videtur: quod TE ABSENTE *hic filius*
Egit, RESTITUI IN INTEGRUM *aequum est et bonum*:
Et id impetrabis —.

10) *L.* 35. *pr. D. de obligat. et action.* §. 3. *et* 4. *l. de Action.* BIENER Historia iur. civ. de Restitutionibus in integrum. Cap. V. pag. 22.

11) S. *Pet. de* TOULLIEU Diss. de praesentia et absentia; in EIUS *Collectaneis iur. civ.* Diss. XVIII. pag. 408. sqq.

terie von der Restitution derjenige, der sich an dem Orte, wo er seinen beständigen Wohnsitz hat, zu der Zeit, da etwas zu seinem Nachtheil vorgeht, entweder wirklich nicht befindet [12]), oder wenn er auch an diesem Orte dem Körper nach gegenwärtig ist, dennoch, gewisser factischer Hindernisse wegen, sich ausser Stande befindet, sein Recht wider seinen Gegner vor Gericht zu verfolgen [13]). So wird z. B. derjenige im rechtlichen Sinne für abwesend gehalten, der an dem Orte, wo er sein Domicilium hat, im Gefängniß sitzt, oder wegen Wahnsinns, oder seiner Krankheit oder Armuth wegen, und weil es ihm an den nöthigen Kleidungsstücken fehlt, um seine Blöße zu bedecken, verhindert wird, im Publikum zu erscheinen, und sein Recht vor Gericht geltend zu machen, oder der deswegen nicht an dem Orte belangt werden kann [14]). Daher ist nun die Abwesenheit

1) entweder eine wahre, oder eine rechtlich fingirte.

2) Entweder eine ordentliche, wenn Jemand sich an einem fremden Orte nicht befindet, wo er sein Domicilium nicht hat; oder eine ausserordentliche, wenn Jemand sich an seinem Wohnorte nicht befindet. Erstere ist ordentlicher Weise kein Grund der Restitution [15]), weil hier

12) *L.* 32. *D. h. t. L.* 173. §. 1. *et L.* 199. *D. de Verbor. Signif. L.* 7. *Cod. de incolis.* DOMPIERRE h. t. §. 4.

13) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 850.

14) *L.* 10. *L.* 22. §. 2. *D. h. t. L.* 209. *D. de Verb. Signif. L.* 124. §. 1. *D. de div. Reg. iur.*

15) MENCKEN Doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. 2. §. 6.

hier schon die Gesetze die Verjährungszeit verdoppelt haben[16]). Zuweilen kann zwar auch hier Restitution Statt finden, wenn man beweisen kann, daß man wegen der grossen Entfernung von einem fremden Orte ohne alle seine Schuld einen beträchtlichen Verlust erlitten habe[17]). Allein dies ist mehr eine Restitution *ex clausula Praetoris generali*[18]).

3) Die *absentia extraordinaria*, welche eigentlich bey dieser Restitution, von welcher wir hier reden, vorausgesetzt wird, ist nach Verschiedenheit ihres Grundes wieder sehr verschieden. Sie kann nämlich entweder *necessaria* oder *voluntaria* seyn, je nachdem Jemand entweder aus einer nothwendigen oder aus einer freywilligen Ursache abwesend ist.

4) Die *absentia necessaria* ist wieder entweder

a) *laudabilis*, wenn Jemand in öffentlichen Geschäften, und zum Nutzen des Staats, abwesend ist, wie z. B. Gesandten und Soldaten, nebst ihren Weibern[19]). Ueberhaupt werden alle Soldaten, wenn sie an dem Orte sich befinden, wo es ihr Dienst erfordert, für solche gehalten, qui *reipublicae causa* absunt, weil sie die Fahne, so wie ihren Posten, nicht verlassen dürfen[20]). Hierher gehören auch

16) *L. ult. C. de praescr. longi temp.* Schmidts theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 2. Th. §. 442. S. 224.

17) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. LXIII. med. 7.

18) MADIHN ad *Menckenii* Doctr. de action. not. 170.

19) *L.* 8. *D. h. t. Tot. Tit. Cod. de Restitut. milit. et eor. qui reipubl. causs. absunt. L.* 1. *C. de uxorib. militum.*

20) *L.* 45. *D. h. t.* Soldaten, welche Urlaub haben, und zu Hause sich befinden, sind daher nicht reipublicae causa abwesend.

auch alle diejenigen, die aus Pflicht dem Kriegsheer folgen müssen, z. B. Feldscherer und Chirurgen [21]). Oder

b) *vituperabilis*, wenn Jemand sich vermöge eines richterlichen Urtheils wegen eines begangenen Verbrechens von seinem Wohnsitz entfernen muß, z. B. er ist des Landes verwiesen worden [22]). Oder sie ist

c) *indifferens*, wenn Jemand zwar nicht zum Besten des Staats, aber doch entweder aus einer nicht zu mißbilligenden, oder wenigstens nicht imputabeln Ursache abwesend ist. Z. B. es ist Jemand wegen einer gegründeten Furcht für Lebens- oder Leibesgefahr, oder weil er in die Gewalt der Räuber gerathen, oder zur Ablegung eines Zeugnisses in einer Proceßsache vor ein auswärtiges Gericht gefordert worden ist, abwesend [23]).

5) Die *absentia voluntaria* kann ebenfalls entweder

a) *laudabilis* seyn, wenn deren Ursache die Gesetze billigen; z. B. es ist Jemand Studirens halber abwesend [24]); oder

b) *vituperabilis*, deren Ursache die Gesetze mißbilligen; z. B. wenn Jemand Schulden wegen entwichen, oder aus Ungehorsam ausgetreten ist, um einen an ihn ergangenen rich-

send. *L.* 34. *D. h. t. L.* 35. §. 9. *D. eod. L.* 1. *D. de re milit.*

21) *L.* 33. §. 2. *D. h. t. Io. Andr.* FROMMANN Diss. de his, qui reipublicae causa absunt. *Tubingae* 1670.

22) *L.* 26. §. 1. *L.* 40. §. 1. *D. h. t.*

23) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *L.* 9. *L.* 26. §. *ult. D. h t. L.* 2. *et L. ult. Cod. eodem.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

24) *L.* 28. *pr. D. h. t.*

richterlichen Befehl nicht zu befolgen; oder ein Soldat ist desertirt, oder ein Ehemann hat böslich seine Frau verlassen[25]. Oder

c) *indifferens*, wenn Jemand bloß um seines eigenen Gewerbes und Vortheils willen abwesend ist[26].

§. 468. u. 469.

Wenn findet die Restitution wegen der eigenen Abwesenheit dessen Statt, welcher sie sucht.

Wenn nun Jemand durch Abwesenheit Schaden gelitten hat, weil er dadurch verhindert wurde, sein Recht zu verfolgen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I) Er ist durch seine eigene Abwesenheit in Schaden gekommen. In diesem Falle muß auf den Grund der Abwesenheit gesehen werden. Es kann

1) seyn, daß er aus Nothwendigkeit abwesend war. Hier unterscheide man, ob die Ursache der Abwesenheit lobenswürdig oder indifferent, oder tadelhaft war. In dem erstern und andern Falle wird der Abwesende restituirt, er mag einen Procurator hinterlassen haben, oder nicht[27]; es wäre denn, daß er von dem Procurator, den er bestellet hatte, hinlänglich entschädiget werden könnte; in diesem Falle findet das Restitutionsgesuch

25) *L.* 2. §. 8. *D. Si quis caut. iudic. sist. cauf. fact. non obtemp. L.* 14. *D. h. t.*

26) *L.* 42. *D. h. t.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 851.

27) *L.* 26. §. *ult. D. h. t.*

such nicht Statt [28]). In dem dritten Falle hingegen wird er nicht restituirt, weil er einen Procurator hätte hinterlassen sollen [29]). Könnte ihm jedoch in dieser Rücksicht keine Schuld beygemessen werden, z. B. es war dem Relegirten nicht einmal so viel Zeit gelassen, um einen Sachwalter seiner Geschäfte wegen bestellen zu können, oder derjenige, den er hinterlassen hätte, ist gestorben; so kann auch ein solcher Abwesender die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten [30]).

2) War

28) *L.* 39. *D. h. t.* Is, qui reipublicae causa adfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui, non auditur. Gewöhnlich versteht man zwar dieses Gesetz von der Restitution eines Gegenwärtigen wider einen Abwesenden. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. pag. 127. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XI. Th. 17. lit. A. pag. 445. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Ex. VI §. 8. pag. 157. HOFACKER Princip. iur. civ Tom. II. §. 853. not. c. Allein daß diese Erklärung ganz unrichtig sey, fällt in die Augen, und ist auch schon von *Ant.* FABER in Rational. ad L. 39. D. h. t. gezeigt worden. Es ist daher richtiger von dem Falle zu verstehen, wenn der Abwesende von seinem Procurator hinlängliche Entschädigung erhalten kann. S. VOET Comment. h. t §. 4. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digest. h t. §. 18. Anderer Meinung ist DOMPIERRE h. t §. 13. welcher die *L.* 26. §. *ult. D. h. t.* von einem procuratore extraiudiciali ad negotia, die *L.* 39. *D. cod.* aber von einem procuratore iudiciali ad lites versteht.

29) *L.* 26. §. 1. *D. h. t.*

30) *L.* 40. §. 1. *D. cod.* VOET ad Pandect. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 14.

2) War Jemand freywillig abwesend, so kommt es wieder darauf an, ob die Ursache der Abwesenheit lobenswürdig, oder indifferent, oder verwerflich ist. In dem ersten und andern Falle wird er nach Beschaffenheit der Umstände und dem billigen Ermessen des Richters restituirt[31]). Es ist nämlich darauf zu sehen, ob er einen Procurator hinterlassen hat, oder nicht; in dem ersten Falle muß er sich eigentlich zunächst an diesen halten, und wird nur dann restituirt, wenn dieser entweder insolvent, oder ausser aller Schuld ist, z. B. der Procurator war unterdessen gestorben, oder in Wahnsinn verfallen[32]). Hat er keinen Procurator hinterlassen, so kann er nur dann auf Restitution Anspruch machen, wenn ihm wegen dieser Unterlassung keine Schuld beyzumessen ist[33]). Denn auch der Studierende hat hierin vor dem Kaufmann nichts zum Voraus. Einer ist wie der Andere verbunden, zur Besorgung seiner Angelegenheiten während seiner Abwesenheit einen Anwald zu bestellen[34]). In dem dritten Falle, wenn die causa vituperabilis ist, so wird er nicht restituirt, weil er, seines Vergehens wegen, dieser Rechtswohlthat unwürdig ist, und sich auch überdem den Schaden durch seine eigene Schuld zugezogen hat[35]).

§. 470.

31) *L.* 28. *pr. D. h. t.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 4.

32) *L.* 28. *cit.*

33) *L.* 16. *D. h. t.*

34) VOET Comment. h. t. §. 5. Anderer Meinung ist zwar FRANTZKIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. III. nr. 15. Allein man sehe *Ant.* FABER Rational. in L. 28. pr. D. h. t.

35) Arg. *L.* 14. *D. h. t.* et *L.* 37. §. 1. *D. de Minoribus.*

§. 470.

Wenn findet die Restitution wegen der Abwesenheit desjenigen Statt, wider welchen dieselbe gesucht wird.

II. Ist Jemand durch die Abwesenheit seines Gegners verletzt worden, gegen den er restituirt seyn will; so kommt zwar die Art der Abwesenheit hier nicht in Betrachtung. Die Restitution wird ihm daher ertheilt, ohne Unterschied, die absentia sey eine necessaria oder voluntaria, sie sey eine honesta, oder vituperabilis[36]). Es wird aber doch, wenn in diesem Falle die Restitution Statt finden soll, vorausgesetzt,

1) daß der Abwesende weder einen Procurator hinterlassen, noch auch, auf die geschehene Erkundigung des Gegenwärtigen, unter den Verwandten und Freunden des Abwesenden sich ein freywilliger Defensor gefunden habe, der sich seiner angenommen hätte. Denn sollte der Abwesende einen Procurator hinterlassen, oder sich ein Defensor gefunden haben, so fällt die Restitution weg, wenn der Gegenwärtige gegen diesen sein Recht nicht verfolgt hat, weil er hier durch seine eigene Schuld den Schaden leidet[37]).

2) Es muß sich auch der Gegenwärtige nicht etwa schon des remedii protestationis ex L. 2. Cod. de annali exceptione bedient haben. Justinian verordnet nämlich in der angeführten *L.* 2. daß wenn ein Abwesender, der keinen Procurator hinterlassen hat, sich in dem Falle

36) *L.* 21. *pr. et* §. 1. *D. h. t. L.* 22. §. 2. *D. eodem.* VOET h. t. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 11.

37) *L.* 21. §. 2. *L.* 22. *L.* 21. §. 3. *D. h. t.*

befindet, etwas von meinen Sachen zu verjähren, ich vor dem Richter des Orts, wo der Abwesende sein Domicilium hat, oder in dessen Ermangelung vor einem Notar, oder, wenn auch dieser nicht zu finden wäre, vor drey Zeugen eine öffentliche Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hemmen kann. Es wird jedoch in dem letztern Falle ausdrücklich erfordert, daß man die Protestationsschrift von den drey Zeugen unterschreiben lasse[38]). Mehrere Rechtsgelehrte[39]) wollen zwar mit dem Verfasser behaupten, daß durch diese Verordnung des Krs. Justinian die Restitutionswohlthat wegen der durch die Abwesenheit des Gegners geschehenen Verjährung aufgehoben sey, weil demjenigen, welcher durch das remedium protestationis sein Recht hätte erhalten können, ohnstreitig eine Nachläßigkeit beyzumessen sey, daß er sich desselben nicht bedient hat. Der Kaiser zeige dieses selbst nicht undeutlich an, wenn er sagt, er habe dieses Rechtsmittel aus dem Grunde verordnet: ut nemini absentia adversarii sui noceat, *sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia.* Man sucht diese Meynung noch mehr dadurch zu bestärken, daß in dem §. 5. *l. de Actionib.* nur von der Restitution der

38) Ein Formular von einer solchen Protestationsschrift findet man bey BOEHMER in Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. II. §. 23. not. zz); und bey MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 9.

39) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XI. Th. 17. lit. A. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 1. VINNIUS Comment. ad §. 5. I. de Actionib. nr. 3. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. § 7. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Comment. in Pandect. h. t. §. 2. DOMPIERRE Spec. de Restit. in integr. h. t. §. 28. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 446. u. a. m.

der Abweſenden wider Gegenwärtige die Rede ſey, ohne Zweifel ſey aber in den Inſtitutionen der Reſtitution der Gegenwärtigen wider Abweſende darum nicht mehr gedacht worden, weil ſie durch die *L.* 2. *C. de ann. except.* aufgehoben worden ſey. Denn wenn gleich dieſe Verordnung kein Datum habe, ſo ſey doch dieſelbe wahrſcheinlich im Jahr 530. oder 531. promulgirt worden, und vielleicht für einen Theil der *L.* 3. *Cod. eodem* zu halten, folglich älter als die Inſtitutionen [40]). Allein die meiſten Rechtsgelehrten [41]) ſtimmen dennoch aus bündigern Gründen für die entgegengeſetzte Meinung. Denn 1) findet ſich in der *L.* 2. *C. de ann. except.* nichts von einer Abänderung des ältern Rechts; nun aber wird ein abändern des Geſetz nicht vermuthet, es iſt auch gar nicht wahrſcheinlich, daß Juſtinian ſo viele Geſetze, die von der

40) Dieſen Grund braucht vorzüglich DOMPIERRE pag. 412.

41) ODDUS Tr. de Reſtitut. in integr. P. I. Qu. XII. Art. 4. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment ad L. 2. C. de ann. except. pag. 711. *de* BERGER Oeconom. iur. Lib. II. Tit. II. Th. 34. Not. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. et 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. § 2. BRUNNEMANN Comm. ad L. 22. D. h. t. n. 3. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. I. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 47. et 48. HEINECCIUS Elem. iur. civ. ſec. ord. Pandect. h. t. §. 526. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de action. for. Sect. I. Cap. II. Membr. 3. §. 11. et *Lud. Godofr.* MADIHN ad *Eundem* not. 173. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. II. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 852. Höpfner Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 407. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 2. Bd. Medit. 57. und beſonders *Chriſt.* HARTMANN Commentat. de L. 2. Cod. de ann. except. actionem reſciſſoriam non tollente. *Lipſiae* 1744.

Restitution der Gegenwärtigen wider Anwesende sprechen, auf einmal habe aufheben wollen, ohne dieser Abänderung auch nur mit einem Worte zu gedenken. 2) Hat Justinian durch Einführung des Rechtsmittels der Protestation nur bloß eine Cautel an die Hand geben wollen, um eine bevorstehende Verjährung zu verhüten, und den Schwierigkeiten vorzubeugen, die mit der Wiederaufhebung derselben verbunden sind. Dies zeigen die Anfangsworte jener Verordnung ganz deutlich: Ut *perfectius omnibus consulamus*, — sancimus, si quando abfuerit is, qui res alienas detinet, et desiderat dominus rei suam intentionem proponere, *licentia ei detur*, adire Praesidem provinciae etc. Aus diesen ergiebt sich, daß es der Willkühr des Eigenthümers überlassen seyn solle, ob er von dem Rechtsmittel der Protestation Gebrauch machen will oder nicht. Keinesweges aber läßt sich daraus schliessen, daß, wer diese Protestation unterläßt, sich alsdann auch auf den Beystand des Prätors keine weitere Rechnung machen dürfe. Man kann auch 3) demjenigen, welcher sich jenes Rechtsmittels nicht bedient hat, keine solche Nachläßigkeit beymessen, weswegen sonst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bey Volljährigen nicht Statt findet[42]). Denn wenn man unter zwey Rechtsmitteln die Wahl hat, so ist noch nichts versäumt, wenn man das eine darum unterließ, weil man wußte, daß noch ein anders übrig sey, wodurch man noch vollkommener zu seinem Zweck gelangen könne; dessen nicht einmahl zu gedenken, daß es Fälle geben kann, wo der Eigenthümer, vielleicht weil er von seinem Recht nichts wußte, auch nicht einmahl von jenem Rechtsmittel der Protestation Gebrauch machen konnte. Nun ist zwar 4) nicht

42) *L. 16. D. h. t.*

4) nicht zu läugnen, daß Justinian durch Einführung dieses Rechtsmittels insonderheit für diejenigen gesorgt habe, die aufmerksam auf ihre Sachen sind. Es ist indessen auch dieses unserer Behauptung nicht entgegen. Denn das ist frey ich richtig, daß man mittelst der Protestation ex L. 2. C. de annali exceptione den Verlust eines Rechts mit leichter Mühe verhüten kann, welches man nachher erst durch den Umweg der Restitution wieder zu erlangen suchen muß. Nur in dieser Hinsicht sagt Justinian, er habe jenes Rechtsmittel eingeführt, ut nemini absentia *penitus* adversarii sui noceat, sed *sit aliqua inter desides et vigilantes differentia.* Wie wenig aber Justinian deswegen das ältere Recht habe abändern wollen, erhellet endlich noch 5) theils aus den letztern Worten der Verordnung: *Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione, vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive a nostra majestate, in suo robore duraturis;* theils aus dem §. 5. *I. de act.* wo Justinian zur Erläuterung der Rescissorischen Klage gerade einen solchen Fall anführt, wo ein Gegenwärtiger wider einen Abwesenden die Restitution sucht [43]).

Noch ist zu bemerken, daß auch ein Abwesender wider einen andern Abwesenden restituirt werden kann, ja es soll

43) Es ist daher ganz falsch, wenn DOMPIERRE a. a. O. behaupten will, daß in diesem §. 5. *I. de act.* von der Restitution der Abwesenden wider Gegenwärtige die Rede sey. Man vergleiche nur damit des Theophilus griechische Paraphrase. Unbegreiflich ist es also, wie er aus dieser Stelle der Institutionen einen Beweiß für die gegenseitige Meinung hat hernehmen können.

sogar, wie Marcian [44]) sagt, derjenige, welcher Reipublicae causa abwesend gewesen ist, wider denjenigen die Restitution erhalten, welcher gleichfalls in öffentlichen Geschäften abwesend war, wenn er sich mit Recht über erlittenen Schaden beschweren kann. Hier ist indessen nichts besonders zu bemerken, sondern die in den beyden vorigen Fällen vorgetragenen Grundsätze finden hier in Verbindung ihre Anwendung [45]).

§. 470. b

Wie wird die Restitution ex causa absentiae gesucht?

Um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Abwesenheit zu erhalten, geben die Gesetze ein doppeltes Rechtsmittel; man kan sich einer Klage, aber auch zuweilen einer Einrede bedienen. Letzteres findet Statt, wenn der Abwesende den Besitz seiner Sache, die ein Anderer während seiner Abwesenheit usucapirt hatte, nachher auf eine nicht unerlaubte Art wieder erhalten hat; in diesem Falle kann er sich mit der exceptione rescissoria gegen denjenigen schützen, welcher die Sache vindiciren will [46]). Ja der einmahl wiedererlangte Besitz der Sache ist von der Wirkung, daß wenn ich auch nachher den Besitz wieder verlohren haben sollte, mir doch nunmehr eine actio in rem perpetua wider den Besitzer zusteht [47]).

Die

44) *L. ult. D. h. t.*

45) MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. cit. loc. §. 14. et ad *Eundem* MADIHN not. 178. pag. 75.

46) *L.* 28. §. 5. *D. h. t.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 129. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pandect. h. t. §. 525.

47) *L* 31. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 26. Diese actionem in rem perpetuam hält Cujaz Lib. X. Obs.

Die Klage, die in dem Falle angestellet wird, wenn man durch seine eigene, oder durch seines Gegners Abwesenheit in Schaden gekommen ist, ist zweyerley;

1) die vorige Klage, welche eigentlich nach dem strengen Civilrecht durch Verjährung erloschen ist, aber von dem Prätor wieder hergestellet wird, gleichsam als wenn sie nicht präscribirt wäre. Diese vom Prätor restituirte Klage unterscheidet sich jedoch von der vorigen Klage darin, daß sie zugleich auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und Aufhebung der Verjährung gerichtet wird. Daher heißt sie auch *actio restitutoria* oder *rescissoria*[48]). Sie ist ferner nur eine *actio utilis*[49]), und nun auch von kürzerer Dauer, als die nach dem strengen Recht erloschene Klage[50]). Uebrigens behält sie ganz die Natur der vorigen Klage. Sie ist daher entweder eine dingliche oder persönliche Klage, je nachdem das durch die Verjährung verlohren gegangene Recht ein dingliches oder ein persönliches Recht war[51]). Insofern sie eine *actio in rem* ist, wird sie von ihrem Erfinder, dem Prä-

Obs. 6. für die Publicianische Klage. Man sehe auch *Bern. Henr.* REINOLDI Opuscula iuridica. pag. 262.

48) *L.* 28 §. 5. *D. h. t. L.* 24. *Cod. de Rei Vindicat. L.* 18. *C. de postlim. reverf.* S. *Io. Aug.* SINNER Disp. de actione rescissoria. *Trajecti ad Rhen.* 1697.

49) *L.* 20. *D. h. t. L. fin. Cod. eodem.*

50) *L.* 35 *pr. D. de obligat. et actionib. L.* 3. *Cod. de Restitut. militum.* SINNER cit. Diss. §. 9. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. III. c. 16.

51) NOODT Comment. ad Pand. h. t. pag. 129. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

tor Publicius, *actio Publiciana* [52]) genennt, welches vielleicht eben derjenige Prätor ist, von dem auch die Publicianische Eigenthumsklage herrührt. Den Erben des Abwesenden kommt sie sogar in einem gewissen Falle zu statten, wo sie dem Erblasser selbst nicht zustand, nämlich wenn dem letztern während seiner Abwesenheit in öffentlichen Geschäften eine Erbschaft zufiel, und dieser starb, ehe er hiervon Nachricht erhalten hatte. Hier können desselben Erben um Restitution bitten, welche ihrem Erblasser darum nicht zustand, weil er noch nichts verloh-ren hatte [53]).

Es

52) *L.* 35. *pr. D. de Obligat. et action.* §. 3—5. *I. de Actionib.* Man führt zwar gewöhnlich auch die *L.* 57. *pr. D. mandati* als Beweisstelle an, und lieset statt *non utiliter* unter Auctorität der Basiliken und einiger Handschriften *non inutiliter.* S. IAUCHIUS Meditat. crit. de negationibus in Pand. Florentin. Cap. XVI pag. 248. sq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Tit. mandati Qu. 18. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 17. pag. 399. sqq. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 407. Not. 3. Allein daß in diesem Gesetz unter der *actione publiciana*, die daselbst dem Sklavenhändler nach der Florentinischen Lesearт abgesprochen wird, nicht die actio rescissoria, sondern die prätorische Eigenthumsklage zu verstehen sey, haben *Bern. Henr.* REINOLDUS in Diss. ad L. 57. D. mandati. Cap. II. §. 19. (in *Opuscul iurid.* pag. 265.) und *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 1. gezeigt.

53) *L.* 30. *pr. L.* 86. *pr. D. de acquir. vel omitt. hereditat. Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iur. Rom. Lib. II. cap. 20. pag. 196. Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft ꝛc. §. 274. S. 148. ff. und DOMPIERRE h. t. §. 20.

Es läßt sich nicht behaupten, was Böhmer [54]) sagt, daß die Rescissorische Klage nicht mehr nöthig sey, seitdem Justinian in der L. un. Cod. de usucap. transform. die Usucapion und die longi temporis praescriptio zusammen geschmolzen habe. Denn die bekannte Rechtsregel: *agere non valenti non currit praescriptio*, gilt nur von impedimentis iuris, da Jemand vermöge gesetzlicher Verordnung unfähig ist, sein Recht zu verfolgen, wie z. B. Minderjährige, ferner Kinder während der väterlichen Gewalt, die Ehefrau während der Ehe u. s. w. [55]) Allein impedimenta facti hindern den Lauf der Verjährung nicht [56]). Zu diesen gehört aber unstreitig die Abwesenheit [57]). Wäre die Böhmersche Meinung wahr, so würde es ganz unnöthig gewesen seyn, daß Justinian ein neues Rechtsmittel, den Lauf der Verjährung mittelst einer Protestation zu unterbrechen, einführte [58]).

2) Kann

54) Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 2. und in Doctrina de actionib Sect. II. Cap. II. § 25. not. a. Unter den neuern Rechtsgelehrten sind dieser Meinung beygetreten CARRACH in Adnotationib. ad *Boehmeri* doctr. de action. pag. 133. sq. und *Arn.* ICKEN in Animadversion. iur. civ. Specim. *Marburgi* 1778. Nr. II.

55) *L.* 1. *in fin. Cod. de bon. matern. L.* 1. §. 2. *in fin. Cod. de ann. except. L.* 5. *Cod. in quib. caus. in integr. restitut. necess. non est. L.* 30. *C. de iure dot.*

56) S. *Mich.* GRASSI Diss. de regula iuris: agere non valenti non currit praescriptio. *Tubing.* 1718. und *Io. Andr.* IOACHIM Diss. de differentia impedimentorum iuris et facti circa restitutionem in integrum. *Lipsiae* 1729.

57) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

58) *L.* 2. *C. de ann. except.* welche aller Wahrscheinlichkeit nach in eben dem Jahre 531. wie die *L. un. C. de usucap. t.*

2) Kann auch eine neue Klage angestellet werden, welche in dem Falle Statt findet, da der Abwesende eigentlich kein Recht verlohren hat, sondern dadurch in Schaden gekommen ist, daß er einen Vortheil nicht erlangt hat, den er hätte erlangen können [59]). Diese Klage wird *actio institutoria* genennt [60]). Sie setzt jedoch voraus, daß der entgangene Vortheil kein solcher seyn müsse, den man aus der Bestrafung eines Dritten, oder sonst mit dessen Schaden, z. B. aus einer Verjährung, wenn etwa der Besitz durch unsere Abwesenheit wäre unterbrochen worden, zu erlangen sucht [61]). Z. B. es ist mir ein Vermächtniß für jedes Jahr, da ich mich an meinem Wohnorte aufhalten würde, oder unter der Bedingung, wenn ich zur Zeit des Todes des Testirers gegenwärtig seyn würde, hinterlassen worden. Allein weil ich in öffentlichen Geschäften abwesend seyn mußte, so konnte die Be-

form. ist gegeben worden, wie ich in meinen Opuscul. iurid. Fascic. IV. pag. 73. gezeigt habe. Die Böhmersche Meinung hat auch schon *Christ.* HARTMANN in Diss. de L. 2. Cod. de annali except. actionem rescissoriam non tollente, *Lipsiae* 1744. §. 11. widerlegt.

59) *L.* 17. §. 1. *L.* 41. *L.* 43. *D. h. t.*

60) LAUTERBACH Colleg. th pract. Pand. h. t. §. 25. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

61) *L.* 18. *L.* 19. *L.* 20. *D. h. t.* Durch diese Gesetzstellen muß die *L.* 27. *D. eodem* limitirt werden, wo es ganz unbestimmt heißt: Et sive quid amiserit, *vel lucratus non sit*, restitutio facienda est: etiamsi non ex bonis quid amissum est. Vermuthlich haben auch wohl die L. 18. und L. 27. D. h. t. zusammen gehört. Denn beyde sind aus dem nämlichen *Libro XII.* PAULI *ad Edictum* genommen, wie auch NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 120. bemerkt hat.

die Bedingung des Vermächtnisses nicht existiren. Gegen diesen Verlust kann ich Restitution erhalten, so daß ich mit der actione utili ex testamento das Legat von dem fordern kann, dem die Auszahlung im Testament ist auferlegt worden[62]).

Uebrigens ist die eine Klage, wie die andere, binnen vier Jahren anzustellen, welcher Zeitraum von da an gerechnet wird, da das Hinderniß gehoben ist, und der Verletzte Wissenschaft von seiner erlittenen Läsion erhalten hat. Es werden jedoch alle Tage gezählet, so wie sie auf einander folgen[63]). Die exceptio rescissoria hingegen ist auf gar keine gewisse Zeit eingeschränkt, sondern perpetua[64]).

§. 471.

62) *L.* 17. §. 1. *D. h. t. L.* 41. *D. eodem.* DOMPIERRE h. t. §. 21. pag. 405.

63) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Qu. 20. Art. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 857 Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 27.

64) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. pag. 129. sq. Diesem ist die *L. ult. Cod. h. t.* nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: Exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur, cum *exceptionis annuae*, quae huic obiici solet, obiectu res vindicare non prohiberis; so ist hier nicht von der exceptione rescissoria die Rede, sondern vielmehr von derjenigen Einrede, die der actioni rescissoriae entgegen gesetzt werden konnte, wenn sie nicht intra annum war angestellet worden, wie NOODT cit. loc. pag. 130. gezeigt hat. Man sehe auch *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. cit. pag. 119. Anderer Meinung ist jedoch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28.

§. 471.

Von der Restitution *ex clausula Praetoris generali.*

Der Prätor hat dem Edict, worin er wegen der Abwesenheit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versprochen hat, eine allgemeine Clausel beygefügt, welche folgendermaßen lautet: *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta principum licebit*[65]. Ueber den eigentlichen Sinn dieser Clausel sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Die meisten[66], denen auch unser Verf. beystimmt, legen ihr einen ganz allgemeinen Sinn bey, und erklären sie von einer jeden andern Ursache, ausser den von Prätor ausdrücklich bestimmten, da Jemand ohne seine Schuld in Schaden gekommen ist. Diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen[67]; und sie hat theils die Auctorität Ulpians[68] für sich,

65) *L.* 1. §. 1. *in fin. D. h. t.*

66) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Quaest. 8. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diss. de restitutione in integrum ex clausula Praetoris generali: *Si qua alia mihi iusta causa esse videbitur.* Ienae 1708. WESTENBERG Princip iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 51—53. *I. H.* EOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. sqq. SCHAUMBURG Compend. iur. Digest. h. t. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 854. u. 855. u. a. m.

67) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. LXIV. MEVIUS P. IV. Decis. 148. n. 14. WERNHER T. I. P. I. Obs. 52. P. III. Obs. 9. et Obs. 212. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. XV. Th. 14. und *Io. Wolfg.* TEXTOR Disp. de restitutione in integrum ex clausula generali. *Altorf.*

68) *L.* 26. §. 9. *D. h. t.*

sich, welcher ganz allgemein sagt: *Quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum*, theils einige Beyspiele, die in den Gesetzen selbst von einer ausdehnenden Erklärung jener Clausel vorkommen[69]). Andere[70]) hingegen glauben, daß sie blos von andern Ursachen der Abwesenheit zu verstehen sey. Es ist auch wohl nicht zu läugnen, daß wenigstens ursprünglich diese Clausel blos auf solche causas absentiae ihre Beziehung gehabt habe, die in dem Edict des Prätors, dem sie beygefügt ist, nicht ausdrücklich sind erwähnet worden. Denn Ulpian[71]) erläutert diese Clausel blos von Fällen der Abwesenheit, und es wäre von einem solchen practischen Juristen wohl zu erwarten gewesen, daß er wenigstens ein anderes Beyspiel angeführt hätte, wenn jene Clausel wirklich nach der Absicht des Prätors einen allgemeinen Sinn haben sollte. Allein er setzt vielmehr selbst zur Erläuterung hinzu[72]): *Et generaliter, quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate*

69) *L.* 1. §. 9. *D. de itinere actuque priv. L.* 34. §. 1. *L.* 35. *D. de Servit. praed. rusticor.*

70) CUJACIUS in Paratitl. ad L. 16. et 30. D. h. t. *Ant.* FABER Rational. ad L. 26. §. 9. D. h. t. pag. 638. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 127. sq. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XI. §. 29. TEXTOR cit. Diss. Th. 22. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 3. pag. 375. sqq EIENER Historia restitutionis in integr. Cap. V. pag. 27. sq. und besonders *Io. Phil.* FRANCK Diss. de restitutione in integrum ex clausula Praetoris generali ultra casus absentiae non extendenda. *Erlangae* 1785.

71) *L.* 26. §. 9. *L.* 27. *et L.* 28. *pr. D. h. t. L.* 26. §. 1. *L.* 33. *D. eod.*

72) *L.* 26. §. 9. *in fin. D. h. t.*

tate abfuit, dici oportet, ei subveniendum. Daß man indessen diese Clausel nachher weiter ausgedehnt habe, wenn solches die offenbare Billigkeit erforderte, zeigen die in den Gesetzen der Pandecten hin und wieder vorkommenden Beyspiele einer solchen ausdehnenden Erklärung[73]).

§. 472.

Fälle, wo die Restitution *ex clausula Praetoris generali* nach dem Gerichtsgebrauch ertheilet wird.

Vermöge der allgemeinen Clausel des Prätors wird die Restitution nach dem heutigen Gerichtsgebrauche in folgenden Fällen ertheilt.

1) Wenn eine Parthey durch die Schuld ihres Sachwalters oder Advocaten lädirt worden ist. Z. B. mein Sachwalter hat den Beweistermin verstreichen lassen, und ich habe dadurch den Proceß verlohren. Nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten[74]) soll zwar die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann Statt finden, wenn der Sachwalter den Schaden zu ersetzen nicht im Stande

73) Den oben in der Not. 69. bereits angeführten Stellen ist noch beyzufügen *L. 7. D. de Restitut. in integr.* Man vergleiche auch *Mich. Frid.* ABEL Observat. iur. (*Wirceburgi* 1788. 8.) Obs. 4.

74) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. III. Tit. 3. §. 58. WERNHER Observat. for. T. I. P. II. Obs. 391. et Tom. II. P. VIII. Obs. 363. CARPZOV Responsa iur. Lib. III. Resp. 4. nr. 5. LEYSER Specim LXIV. medit. 3. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 5. Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 52. SCHAUMBURG Compend. iur. Digestor. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 855. und Tom. III. §. 4308. not. d. u. a. m.

Stande ist, und sich auch dessen Insolvenz, nach geschehener Ausklagung desselben, genugsam ergeben hat. Allein nach der heutigen veränderten Gerichtsverfassung, und der selbstredenden Billigkeit nach läßt sich dieses nur bey Privatsachwaltern behaupten; dahingegen kommt es bey öffentlich approbirten Advocaten und gerichtlichen Procuratoren, auf die sich eine Parthey hat verlassen können, und denen sie auch ihre Sache hat anvertrauen müssen, weil sie vom Staat selbst geprüft und authorisirt worden sind, auf den Unterschied nicht an, ob der Anwald den Schaden zu ersetzen im Stande ist, oder nicht, sondern es kann die durch desselben Schuld in Schaden gebrachte Parthey, ohne ihren Sachwalter vorher erst ausklagen zu müssen, sogleich um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten [75]); und dies ist auch der heutigen Praxis gemäß [76]).

2) Wenn Jemand durch eine Handlung des Richters selbst gehindert wurde, sein Recht vor Ablauf der Ver-

75) *Iust. Henn* BOEHMER in iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 48. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Th. Bem. 103. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl Processes §. 43. S. 117.

76) MEVIUS P. III. Decis. 29. P VII. Dec. 286. *de* LUDOLF Observat. for. P. II. Obs. 124. et P. III Obs 254. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T II. Obs 593. *de* CANNEGIESSER Decision. Hasso-Cassell. T. I Decis 29. n 10. et 11. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis 81 nr. 10. p 355. Hoschers Sammlung merkwürdiger am K. Reichskammergericht entschiedener Rechtsfälle 1. Th. (Lemgow 1789.) S. 65. Reuß Beyträge zur neuesten Geschichte der Reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis. 3. Band S. 206. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Band Nr. XLIII. S. 346. ff.

Verjährungszeit gerichtlich zu verfolgen, z. B. weil der Richter außerordentliche Gerichtsferien ansetzte, oder bey Erlassung der Citation an meinen Gegner säumig war, und dadurch mein Recht erloschen ist[77]).

3) Wenn Jemand die Meinung eines berühmten Rechtsgelehrten für sich hat, und sich darnach bona fide gerichtet hat[78]).

4) Wenn Jemand aus Irrthum oder Unwissenheit eines Gesetzes, oder eines Factums in Schaden gekommen ist, und dieser Irrthum der Billigkeit nach Entschuldigung verdient[79]). Z. B. wenn der durch Unwissenheit des Rechts Verletzte eine solche Person ist, der die Gesetze in Ansehung der Unwissenheit des positiven Rechts Nachsicht angedeyen lassen[80]); hierher gehört auch, wenn ein Gläubiger von der Edictalcitation nichts erfahren hat, und daher im Concurs präcludirt worden ist[81]). Es entsteht hierbey die Frage, ob nicht auch gegen den Ablauf einer Verjährung die Restitution vermöge der allgemeinen Clausel wegen der Unwissenheit gesucht werden könne? Mehrere Rechtsgelehrten[82]) wollen dieses zwar behaupten, und

77) *L. 26. §. 7. D. h. t.* HOMMEL ad *Menckenii* Doctr. de action. forens. not. 179. pag. 76.

78) LEISER Meditat. ad Pandect. Specim. LXIV. med. 4.

79) *L. 2. D. de in integr. restitut.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXIV. §. 34.

80) MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionib. for. not. 181. pag. 76.

81) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

82) *Pet. Fr.* LINGLOIS Comment. ad L. Decision. Iustin. Decis. III. Qu. 6. nr. 4. et Decis. XLIV. Qu. 3. nr. 25. *Sim. Heur.* MU-

und berufen ſich deshalb auf die Praxis[83]). Allein den Geſetzen iſt dieſe Meinung nicht gemäß, welche gegen eine rechtmäßig vollendete Verjährung wegen der bloßen Unwiſſenheit durchaus keine Reſtitution geſtatten[84]), und eine contraire Praxis läßt ſich auch nicht allgemein beweiſen[85]). Daher wird dieſe Meinung von Andern[86]) mit Recht verworfen.

MUSAEUS in Diſp. de reſtitutione in integrum contra praeſcriptionem ex capite ignorantiae. *Kiloni* 1704. *de* COCCJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. u. a. m.

83) GAILIUS Obſervat. Lib. II. Obſ. 19. nr. 18. ſq. MEVIUS P VII. Deciſ. 174. STRYK Us. mod Pand. h. t § 6.

84) *L. un. C. de uſucap. transform. L uit. Cod. de praeſcript. longi temp. L. 3. et 4. C. de praeſcript. trig vel quadrag. annor.*

85) Man vergleiche *Io. Baith. L. B. a* WERNHER ſelect. Obſervat. for. T. III. P. II Obſ 483. BERGER Reſponſ. P. II. Reſponſ. 234. p. 406. HORN Conſultat. et Reſponſ. Claſ X. Reſp. 8. p. 566. LEYSER Meditat ad Pandect Vol. VII. Specim. CCCCLVIII. medit. 5 und ſelbſt GAILIUS in novo opere Conſilior. P. I. Conſil. 1. nr. 30.

86) Man ſehe *Franc.* SARMIENTI ſelect. Interpretat. Lib. II. cap. 10. pag. 118. BACHOVIUS ad Prota pandect h. t. cap. IV. n. 8. pag. 1193. ſqq. VOET Comment. ad Pand h. t § 12—15 HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h t. §. 19. DOMPIERRE Specim de Reſtitut. in integr h. t §. 31. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diſſ. de reſtitutione in integrum ex clauſula Praetoris generali §. 19. *Io.* WUNDERLICH Diſſ. de reſtitutione in integrum contra praeſcriptionem ex capite ignorantiae non competente. *Ienae* 1754. u. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius. civ. controv. h. t. Qu. 4. not. h. pag. 385.

5) Wenn Jemand keinen Advocaten hat bekommen können [87]).

6) Wenn man durch einen unvermutheten Zufall, oder Krankheit verhindert worden ist, etwas zu thun, und durch diese Unterlassung Schaden leidet. Z. B. wenn ein unvermutheter Todesfall in meiner Familie, oder eine Krankheit mich abhält, in dem bestimmten Termin vor Gericht zu erscheinen, und der Richter mich deswegen präcludirt hat. Es muß nur die Krankheit, wegen der man Restitution suchen will, ein morbus sonticus, das ist, eine solche seyn, die einen an der Besorgung seiner Geschäfte hindert [88]).

7) Führt man gewöhnlich auch die rusticitatem als einen Grund an, aus welchem die Restitution, vermöge der allgemeinen Clausel, ertheilt werden könne. Allein der Bauernstand führt ein solches besonderes Recht nicht mit sich. Bauern und andere gemeine Leute können daher nur dann auf diese Restitution Anspruch machen, wenn sie keine Gelegenheit hatten, einen Rechtserfahrnen zu Rathe zu ziehen, und selbige durch einen Mangel solcher Kenntnisse, die bey ihrem Stande gewöhnlich nicht vorhanden sind, einen Schaden erlitten haben [89]). Endlich

8) wenn

87) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 5. HOFACKER §. 855.

88) MEVIUS P. II. Decis. 211. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1010.

89) WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 52. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXIV. med. 8. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 477.

8) wenn Jemand durch Armuth und Geldmangel an der Verfolgung seines Rechts gehindert worden ist [90]).

Uebrigens sind auch hier, wie unser Verf. noch zum Schluß bemerkt, die allgemeinen Grundsätze von der Restitution überhaupt anzuwenden. Es findet daher die Restitutio ex causula Praetoris generali nie in einem solchen Falle Statt, wo bey einer bestimmten Restitutionsursache die gesetzlichen Erfordernisse fehlen [91]).

90) Z. B. wenn mit der Einwendung eines Rechtsmittels die Erlegung einer baaren Summe verbunden ist, die die Parthey nicht auf der Stelle aufzubringen im Stande war, und blos dieser Geldmangel Schuld gewesen ist, daß das Rechtsmittel desert wurde. S. BROCKES select. Observat. for. Obs. 381. *de* CANNEGIESSER Decision. Hasso-Cassellan. T. I. Decis. CLIII. nr. 4. und LEYSER Specim. LXIV. med. 5.

91) BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 5.

Lib. IV. Tit. VII.

De alienatione iudicii mutandi causa facta.

---

§. 473.

Was ist eine alienatio iudicii mutandi causa facta? wie geschieht die Restitution wegen dieser Ursache?

Unter einer Veräußerung, welche *iudicii mutandi causa* geschehen ist, wird eine solche verstanden, die zum Nachtheil eines Dritten in der Absicht unternommen worden ist, damit derselbe einen Andern zum Gegner bekommen möge, durch den ihm die Verfolgung seines Rechts erschweret, oder gar vereitelt wird[92]). Eine solche Veräußerung geschiehet,

1) wenn Jemand eine Sache, wegen welcher er von einem Dritten einen gerichtlichen Anspruch befürchtete, in der Absicht veräußert hat, um diesem Dritten, durch Aufdringung eines andern Gegners, die Ausführung seiner Ansprüche zu erschweren, oder ganz zu vereiteln. Z. B. die Veräußerung der Sache ist an einen Mächtigen, oder Streitsüchtigen, oder an einen Auswärtigen geschehen, gegen den nun die Rechtsverfolgung mit mehreren Schwierigkeiten und Kosten verknüpft ist[93]); oder die Veräußerung ist an einen solchen geschehen, wider den man nun durch eine Klage gar nichts ausrichten kann. Z. B. der Dritte,

92) *L. 1. pr. D. h. t. Io. Christ. Wilh.* STECK Diss. de alienatione iudicii mutandi causa facta. *Francof. ad Oder.* 1759.

93) *L. 1. §. 1. L. 2. et L. 3. D. h. t.*

Dritte, an welchen die Sache böslich veräußert worden ist, hat sie usucapirt, so daß gegen diesen die Reivindication nicht mehr Statt findet [94]).

2) Wenn ich gegen den Eigenthümer, wegen eines von demselben auf seinem Grundstück aufgerichteten, mir nachtheiligen Werks, mein Recht auf desselben Kosten hätte verfolgen können, und dieser das Grundstück böslicher Weise an einen Dritten veräussert hat, von dem ich nur verlangen kann, daß er mir die Hinwegräumung des nachtheiligen Werks auf meine eigene Kosten verstatte. Dies ist der Fall bey dem interdicto quod vi aut clam, ferner bey der actione aquae pluviae arcendae, und der novi operis nunciatione [95]).

3) Wenn Jemand seine Klage in der Absicht, um denjenigen, wider welchen ihm dieselbe zustand, zu schikaniren, an einen Dritten beschwerlichern Gegner veräußert hat [96]).

In diesen Fällen ist nun zwar die Veräußerung selbst der Regel nach nicht ungültig; allein weil es doch unbillig ist, durch dergleichen boshafte und schikanöse Unternehmungen einem Dritten die Verfolgung seines Rechts zu erschweren, oder gar zu vereiteln, so giebt der Prätor [97]).

94) *L. 4. pr. D. eodem.*

95) *L. 3. §. 2. et 3. D. h. t.*

96) *L. 11. D. h. t. L. ult. D. eodem.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. pag. 132. DOMPIERRE h. t. §. 7. STECK cit. Diss. Anderer Meinung ist LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.

97) In der *L. 1. pr. et L. 3. §. 4. D. h. t.* wird zwar diese Restitution dem Proconsul zugeschrieben. Allein deswegen ist

demjenigen, der durch eine solche Veräußerung verletzt worden ist, die Restitution. Diese besteht darin. Der Prätor giebt

a) eine Klage, welche der Verletzte wider denjenigen, der die nachtheilige Veräußerung unternommen hat, anstellen kann, welche darauf geht, daß wenn sich der Beklagte nicht eben so auf den Rechtsstreit mit dem Kläger einlassen will, als wenn keine Veräußerung geschehen wäre, er ihn für alles dasjenige schadlos halten solle, was er dabey verliert, daß er nun sein Recht wider einen andern beschwerlichern Gegner verfolgen muß[98]). Diese Klage heißt *actio in factum*, und geht nicht auf Rescission der Veräußerung, sondern nur auf Leistung des Interesse, z B. auf Ersatz der vermehrten Proceßkosten. Sie ist also eigentlich eine actio rei persecutoria[99]). Weil sie aber doch einen begangenen Dolus zum Grunde hat, und zugleich auf Bestrafung desselben abzweckt, so findet sie gegen den unschuldigen Erben nicht Statt[100]). Nach den Gesetzen der Pandecten ist sie auch

ist sie doch so gut, wie eine jede der vorhergehenden, vom Prätor eingeführt worden, wie aus der *L. 4. §. 1. L. 8. §. 1. D. h. t.* und *L 24. §. 1. D communi divid.* erhellet. Denn die Proconsuls legten die Edicte der Prätoren in ihren Provinzialedicten zum Grunde. S. *Io. Aug.* BACHII Prolus. de edicto perpetuo provinciali. (in EIUS *Opuscul.* Halae 1767. 8.) pag 168. sqq.

98) *L. 3. §. 4. et 5. D. h. t.*

99) *L. 4. §. fin. L. 7. D. h. t.*

100) *L 4. §. fin. L. 5. D. h. t.* NOODT Comm. h. t. pag. 134. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn die Klage wider den Veräusserer noch bey dessen Lebzeiten angestellet, und lis contesti-

auch schon nach Ablauf eines Jahrs erloschen [1]). Allein nach der Analogie der L. ult Cod. de tempor. restitut. in integr. dauert sie ganzer vier Jahre [2]). Der Prätor giebt aber auch

b) eine Einrede, welche alsdann Statt findet, wenn derjenige, an welchen die Veräußerung geschehen ist, das ihm abgetretene Recht durch Anstellung einer Klage wider denjenigen verfolgen will, zu dessen Nachtheil die Veräußerung unternommen worden ist [3]). Dieser braucht sich also auf die Klage gar nicht einzulassen, sondern kann den Dritten sogleich mit der Einrede zurückweisen, daß die Veräußerung iudicii mutandi causa geschehen sey. Er muß nur aber freylich den Dolus des Veräußerers erweisen. Z. B. Titius hat einen Rechtsanspruch an einer Sache, welche Sempronius besitzt. Um diesem einen recht beschwerlichen Proceß zu verursachen,

testiret worden ist. *L. un. Cod. Ex delict. defunct. in quantum hered. conven.* DOMPIERRE h. t. §. 10. Allein nach dem kanonischen Recht, welches wir in der Praxis befolgen, haften die Erben des Veräusserers ohne Unterschied, soweit der Nachlaß zureicht. S. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

1) *L. 6. D. h. t.*

2) DOMPIERRE h. t. §. 9. und HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 530. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 15. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 4. und BOEHMER in Introd. in ius Dig. h. t. §. 4. Allein diese Meinung ist schon von mir an einem andern Orte, (5. Th. §. 439. S. 436.) widerlegt worden.

3) SCHULTING h. t. §. 1. et 5.

tritt er seinen Anspruch durch eine Schenkung an einen Soldaten ab. Klagt hier der Donatar wegen des ihm abgetretenen Rechts, so stehet ihm die Einrede, daß die Schenkung bloß iudicii mutandi causa geschehen sey, entgegen; und der Beklagte kann mit Recht verlangen, daß der vorige Eigenthümer selbst klage [4]). Ja zuweilen steht nicht einmahl dem Veräußerer weiter eine Klage zu, sondern er hat sich, zur Strafe, seines Rechts verlustig gemacht. Z. B. Titius besitzt mit dem Sejus ein gemeinschaftliches Grundstück. Um der ihm bevorstehenden Theilungsklage zu entgehen, veräußert er seinen Antheil an einen mächtigern Gegner, den Sejus aus Furcht für seiner Macht zu überbieten sich nicht unterstehen wird. Hierdurch sucht er das ganze Guth dem Dritten in der Absicht in die Hände zu spielen, um solches nachher von ihm für einen wohlfeilen Preiß wieder zu erhalten. Hier kann weder der Dritte klagen, an welchen Titius seinen Antheil veräußert hat, weil diesem die Einrede entgegen steht, daß die Veräußerung iudicii mutandi causa geschehen sey; noch auch Titius selbst, denn wollte dieser das iudicium communi dividundo jetzt noch anstellen, so würde er darum mit seiner Klage abzuweisen seyn, weil er sich vermöge des Licinischen Gesetzes seines Rechts verlustig gemacht hat [5]). Eben dieser Verlust des Rechts trift

4) *L. 11. D. h. t.* NOODT Comm. h. t. pag. 132.

5) *L. ult. D. h. t.* Was dies für eine *Lex Licinia* sey, deren in dieser Stelle gedacht wird, läßt sich mit Gewisheit nicht bestimmen. Wer von Muthmassungen ein Freund ist, lese *Io. Traug.* SCHOEN Diss. de poena Legis Liciniae ex L. ult. D. de alienat. iudic. mut. caus. facta. *Lipsiae* 1771. Man vergleiche auch noch über diese *L. ult. Guil.* RANCHINUS Lib. III. Variar. Lection cap. 15. (in *Thes. iur. Rom. Otton.*

trift nach dem neuern Röm. Recht auch einen Gläubiger, der seine Forderung bloß aus Schikane an einen Mächtigen cedirt [6]).

§. 474.

Erfordernisse dieser Restitution.

Bey dieser Restitution wird jedoch erfordert,

1) daß die Veräußerung unter den Lebendigen geschehen sey. Wenn also Jemand die Sache, in Ansehung deren er einen Proceß befürchtet, einem Andern vermacht, oder auf den Todesfall geschenkt hat, so findet deswegen keine Restitution Statt [7]); weil theils eine solche Veräußerung erst nach dem Tode desjenigen gilt, der sie unternommen hat, folglich dadurch die Lage der rechtlichen Ansprüche eines Dritten nicht verschlimmert wird; theils weil man sein Vermögen doch nothwendig Jemanden nach seinem Tode hinterlassen muß [8]). Uebrigens wird nicht gerade eine solche Alienation vorausgesetzt, wodurch das Eigenthum der Sache auf den Andern transferirt wird. Die bloße Uebertragung des Besitzes ist auch schon hinreichend [9]), wenn der Veräußerer selbst das Eigenthum nicht hatte [10]), und doch die Klage, die dem

Otton. Tom. V. pag. 971. NOODT Observat. Lib. II. c. 26. SCHULTING h. t. §. 5. und DOMPIERRE h. t. §. 12.

6) *L. 1. et 2. Cod. Ne liceat potentiorib.*

7) *L. 8. §. 3. D. h. t.*

8) VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

9) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

10) *L. 8. §. 2. D. h. t.*

dem Dritten in Ansehung der Sache zusteht, nur gegen den Besitzer angestellet werden kann. Ja die Bestellung eines dinglichen Rechts, z. B. einer Servitut, auf einer Sache, wegen welcher man von einem Dritten einen gerichtlichen Anspruch erwartet, wenn sie blos aus Chikane einem beschwerlichen Gegner geschieht, kann die Restitution, von welcher hier die Rede ist, begründen. Daher sagt Ulpian[11]: Ad iura etiam praediorum hoc Edictum pertinet, modo si dolo malo fiat alienatio. Ob übrigens die Veräusserung durch einen onerösen Titel oder unentgeldlich geschehen ist, macht hier keinen Unterschied[12]; eben so wenig kommt es auch darauf an, ob die Klage, die dem Dritten in Ansehung der zu seinem Nachtheil veräusserten Sache zusteht, eine Real- oder Personalklage ist[13]. Wer hingegen eine Sache blos derelinquirt, und also selbige zu besitzen aufhört, ohne den Besitz auf einen Andern zu übertragen; oder wer eine Erbschaft ausschlägt, damit sie der mächtigere Substitut bekomme, kann deshalb von dem nicht belangt werden, der an der derelinquirten Sache, oder an der ausgeschlagenen Erbschaft einen Anspruch macht[14]. Nam non alienat, sagt Ulpian[15], qui duntaxat omittit possessionem, nämlich quam vel nondum adeptus erat, vel derelinquit.

2) Die

11) *L. 4. §. 4. D. h. t. Ant.* FABER Rational. in h. L. und POTHIER Pand. Iustinian. h. t. Nr. II. not. c. pag. 161.

12) *L. 11. D. h. t.*

13) *L. 3. §. 2. D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

14) *L. 4. §. 1. D. h. t. Ant.* FABER Rational. in h. L. DOMPIERRE h. t. §. 4.

15) *L. 119. D. de Reg. iur.* POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. III. not. e.

2) Die Veräußerung muß vor der Litiscontestation geschehen [16]). Denn ist der Rechtsstreit schon wirklich angegangen gewesen, und lis bereits contestiret worden, so ist die res nun litigiosa, und die Veräusserung derselben nichtig [17]). Der Proceß geht daher gegen den Veräusserer fort, weil der Dritte, an welchen die Veräusserung geschehen ist, kein Recht an der Sache hat erwerben können.

3) Die Veräußerung muß dolo malo d. i. in der Absicht geschehen seyn, die Lage seines Gegners, durch Substitution eines andern Klägers oder eines andern Beklagten, zu verschlimmern. Ist also die Veräusserung aus einer andern Ursache geschehen, z. B. aus Noth, wegen dringender Schulden, oder weil dem Veräusserer sein Alter, oder seine Kränklichkeit, oder die Menge seiner Geschäfte nicht erlaubten, sich wegen der veräusserten Sache in einen Proceß einzulassen, oder weil er überhaupt ein Feind von Proceßen ist, er veräusserte also die Sache, wegen welcher er einen Proceß befurchte, blos um solchen von sich abzuwenden; so hat diese Restitution nicht Statt [18]).

4) Die Veräusserung muß auch dem Andern wirklich zum Nachtheil gereichen. Die Restitution fällt daher weg, wenn die Sache dem Kläger gar nicht gehört, oder dieselbe durch bloßen Zufall zu Grunde gegangen ist [19]); oder wenn der Beklagte bereit ist, den Streit eben

16) *L. 8. §. 1. D. h. t.*

17) *L. 2. et Auth. seq. Cod. de Litigios.*

18) *L. 4. §. 1. et 3. D. h. t.*

19) *L. 4. §. 5. D. eodem.*

eben so, als wenn er die Sache noch besitze, auf sich zu nehmen [20]).

Ich muß hier noch bemerken, daß nach dem Edict des Prätors der Veräusserer wider seinen Willen nicht gezwungen werden konnte, das utile in rem iudicium zu übernehmen, quasi possideret [21]). Erst unter Hadrian wurde durch das *Senatusconsultum Iuventianum* im Jahr Christi 129. der Rechtssatz eingeführt, daß bey der Erbschaftsklage derjenige, welcher dolose aufgehört hat, die Erbschaft zu besitzen, noch immer als Besitzer angesehen, und als ein solcher verurtheilt werden solle [22]). Dieser Grundsatz ward nachher durch die Interpretation der Röm. Juristen auch auf die Reivindication ausgedehnt [23]), und nun galt die Regel: *Qui dolo malo possidere desiit, pro possessore habetur*, auch bey den Real-klagen, welche schon längst vor Hadrian bey den Interdicten und Noxalklagen im Gebrauch war [24]).

Ob

22) *L.* 3. §. *ult. L. 8. pr. D. h. t.*

21) VOET in Commentar. h. t. §. 2.

22) *L. 20. §. 6. L. 25. §. 2. et 8. D. de hereditat. petit.* S. HEINECCII Diss. de SCto Hadriani temporibus facto, quod extat L. 20. §. 6. D. de hered. petit. §. 10. et 11. (in *Opuscul. postumis* s. *Histor. Edictor.* pag. 458.)

23) *L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. de Rei vind.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. §. ult. pag. 135.

24) *L. 1. pr. D. Quor. bonor. L. 1. §. 7. D. Quod legator. L. 1. pr. L. 3. §. 6. de Tab. exhib. L. 2. pr. L. 8. §. 3. D. de precar. L. 2. §. 42. D. Ne quid in loc. publ. L. 22. §. ult. L. 24. D. de noxal. act.* Auf diese Gesetze beziehen sich auch die *L.* 131. *L.* 150. *D. de Reg. iur.* wie *Iacob.* GOTHOFREDUS in Comment. in Tit. D. de Reg. iur. ad LL. cit. gezeigt hat.

Ob nun aber gleich nach dem neuern Röm. Recht der Veräußerer mit der actione in rem utili eben so belangt werden kann, als wenn er die veräußerte Sache noch besäße, so daß es nicht mehr von seiner Willkühr abhängt, ob er sich auf diese Klage einlassen will; so läßt sie doch deswegen der heutige Gebrauch dieser prätorischen Restitution nicht bezweifeln [25]). Denn

1) können bösliche Veräußerungen vorkommen, wo derjenige, welcher dolose zu besitzen aufgehört hat, nicht mehr als Besitzer belangt werden kann, und folglich die utilis in rem actio keine Statt findet [26]).

2) Kann auch die actio in factum zuweilen vortheilhafter seyn, als die actio utilis in rem, weil man bey jener nur beweisen darf, daß die Veräußerung dolo malo geschehen sey, welches auch durch Zeugen geschehen kann, gegen die sich der Beklagte hat verlauten lassen, daß er die Veräußerung bloß aus Chikane unternommen habe. Dahingegen muß bey der *Rei vindicatio utilis* das Eigenthum erwiesen werden [27]). Endlich

3) ge-

25) NOODT in Comm. ad Pand. h. t. §. ult. pag 135. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu 1.

26) Beyspiele kommen vor in der *L.* 3. §. 2. *et* 3. *D. h. t. L.* 4. *pr. D. eod.* und *L.* 24. §. 1. *D. Communi divid.*

27) BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3. HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t. §. 527.

3) gestattet die *L. un. C. h. t.* ausdrücklich dem Kläger die Wahl, ob er im Falle einer Veräußerung, welche iudici mutandi causa geschehen ist, die Restitution suchen, oder actione in rem klagen wolle. Es verdient daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [28]) keinen Beyfall, welche den heutigen Gebrauch dieser Restitution läugnen.

28) TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. XII. cap. 4. §. 11. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 683.

Lib. IV. Tit. VIII.

De receptis, et qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant.

---

§. 475.

Begriff eines Schiedsrichters. Unterſchied deſſelben von einem *arbitro iuris*, *arbitratore*, und den Austrägen.

Zu den außergerichtlichen Mitteln, Rechtsſtreitigkeiten beyzulegen, gehört die Beſtellung eines Schiedsrichters durch ein Compromiß der Partheyen [29]).

Ein Schiedsrichter (*arbiter*) iſt eine durch Vertrag der Partheyen gewählte Perſon, durch deren Ausſpruch ein Rechtsſtreit entſchieden werden ſoll. Man unterſcheide ihn

1) von einem *arbitro iuris* ſ. *legali*, welcher vom Prätor den Partheyen bey den actionibus bonae fidei und arbitrariis gegeben wurde, um den Streit nach Recht und

29) BORELLUS de compromiſſis et arbitris. *Wolfg Ad.* LAUTERBACH Tr. de arbitris compromiſſariis. Tubing 1675. *Iuſt. Dav.* ZUFALL Differentiae arbitrorum Romanor. et Germanor. *Marb.* 1748. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de cauto compromiſſorum in arbitros uſu. *Halae* 1738. *Io. Gottl.* SIEGEL Diſſ. de arbitrio ex iuribus Rom. et germanicis illuſtrato. *Lipſiae* 1739. und *Ge. Chriſt.* NELLERI Collectio methodica SS. canonum et legum praecipuarum ad Libri Decretal. primi Tit. 43. de arbitris. (in *Opuſcul.* Tom. I. P. I. pag. 221. ſqq.)

und Billigkeit zu entscheiden [30]). Die Formel, mit welcher ein solcher iudex bestellet wurde, war diese: *Tu, quantum aequius melius sit dari, reum condemna.* Hiervon ist schon bey einer andern Gelegenheit gehandelt worden [31]).

2) Von einem *arbitratore*, einem Schiedsmann, Vergleichsmann, gütlichen Unterhändler, Achtsmann, Mediateur, u. s. m. welcher dazu gewählt wird, um entweder eine gütliche Beylegung eines Rechtsstreits unter den Partheyen zu vermitteln, oder bey Schließung eines Handels diejenigen Punkte nach der Billigkeit zu bestimmen, worüber sich die Contrahenten nicht vereinigen können, oder deren Bestimmung sie gleich Anfangs der Willkühr eines dritten Unpartheyischen überlassen haben [32]). Z. B. die Contrahenten können bey Schließung eines Kaufs über den Preiß, oder bey Schliessung eines Pachts über das Pachtgeld, oder bey einer geschlossenen Societät über die Theilung des Gewinnes oder über den Werth geleisteter Dienste nicht einig werden. Sie überlassen daher die Bestimmung und Auseinandersetzung dieser Punkte einem Dritten. An die Bestimmung

30) *L.* 9. *D. Qui satisdare cog.* *L.* 38. *D. pro socio.* *L.* 24. *D. Depositi Io. Th.* SEGERI Diss. de arbitris honorariis ad historiam iuris civ. illustrandam. *Lipsiae* 1777.

31) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 190.

32) Der Name *arbitrator* kommt zwar in den Römischen Gesetzen nicht vor, allein von seiner Bestimmung reden mehrere Gesetze. *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* *L.* 76-79. *D. pro socio.* *L.* 25. *D. locati.* *L.* 69. § 4. *D. de iure dot.* *L. ult. C. de contrah. emt.* §. 1. *I. de locat.* §. 1. *I. de emt. vend.* GROLLMANN Diss. de arbitrorum vi et potestate. VOET Commentar. h. t. §. 2. und VINNIUS select. iur. Quaestion. Lib. I. c. 16.

mung eines solchen arbitratoris sind jedoch die Partheyen nicht schlechterdings gebunden, sondern sie wollen sich seinen Ausspruch nur insofern gefallen lassen, als er billig ist[33]). Ist daher einer der Contrahenten mit der Bestimmung desselben nicht zufrieden, so kann er mittelst der Contractsklage die Sache an den ordentlichen Richter des andern Contrahenten bringen, und bitten, daß der unbillige Ausspruch des Schiedsmanns abgeändert, und eine billigere Bestimmung hergestellet werde[34]). Dies heißt *Reductio ad arbitrium boni viri*, und sie findet Statt, wenn eine offenbare Unbilligkeit erweislich ist[35]), welche vorhanden seyn kann, obgleich kein Contrahent über die Hälfte verletzt ist[36]). Endlich sind Schiedsrichter auch

33) Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 51. S. 121. ff.

34) L. 30. *D. de operis libertor.* L. 76. *in fin.* L. 78. *et sq. D. pro Socio. Io. Andr.* FROMMANN Diss de arbitratu boni viri in conventionibus et aliis causis extraiudicialibus. *Tübingae* 1669. §. 59. et 60.

35) L. 79. *D. Pro socio* sagt: Si arbitrium ita pravum est, *ut manifesta iniquitas eius appareat*, corrigi potest per iudicium bonae fidei. Hierher gehört auch, wenn der arbitrator einer Bestechung, oder Collusion mit dem einem Theile, überführt werden kann. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, ꝛc. §. 149. S. 122.

36) LAUTERBACH Colleg Pandect Lib. XVIII. Tit. 1. §. 51 FRANTZKIUS in Commentar. eod. libr. et tit. nr. 261—268. VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de emt. et vendit. nr. 5. FROMMANN cit. Diss. §. 62. *Ant* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXIII. §. 5 WESTENBERG Digest. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 37. et 38. Höpfner im Commentar über die Hei-

3) von den sogenannten Austrägen zu unterscheiden, welche in den Rechtsstreitigkeiten der teutschen Reichsstände die Stelle der ordentlichen Richter in erster Instanz vertreten, und vor welchen dieselben nach Vorschrift der teutschen Reichsgesetze der Regel nach erst belangt werden müssen, ehe die Sache an die höchsten Reichsgerichte gebracht werden kann [37]). Diese gehören nicht hierher.

§. 476.

Wer kann zum Schiedsrichter gewählt werden?

Zu Schiedsrichtern können nicht nur solche Personen gewählt werden, welche ein richterliches Amt zu bekleiden fähig sind, sondern auch andere, welche auch nicht Richter seyn können, wenn sie nur sonst die zur Entscheidung des obwaltenden Streits erforderlichen Kenntnisse besitzen, und die Gesetze sie nicht ausdrücklich ausschliessen. Denn man muß hier immer erwägen, daß der Schiedsrichter kein öffentliches Amt bekleidet, sondern eine bloße Privatperson ist, die durch freye Wahl der Partheyen bestimmt wird. Daher können auch Ehrlose zu Schiedsrichtern gewählt werden, wenn sie gleich von

Heineccischen Institutionen §. 870. Not. 100. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1905. Anderer Meinung sind jedoch DONELLUS in Commentar. ad L. ult. Cod. de contrah. emt. vendit. VOET in Comm. ad Pand Tit. de contrah. emtione §. 23. WISSENBACH Commentar. ad L. ult. C. de contrah. emt. de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XVIII. Tit. 1. Qu. 26. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e. und Westphal a. a. O.

37) Joh. Jac. Prehn von den Austrägen. Halle 1779. 8. Moser von der teutschen Justizverfassung 1. Th. 1. Buch. 3. Kap. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 2. Band. §. 280. ff.

von öffentlichen Aemtern ausgeschlossen sind [38]). Auch ein Sohn kann in Sachen seines Vaters Schiedsrichter seyn [39]). Hingegen sind Taube, Stumme, und Wahnsinnige ausgeschlossen [40]). Es soll auch Niemand unter 20 Jahren zum Schiedsrichter gewählt werden; ist es dennoch geschehen, so findet gegen einen solchen Minderjährigen weder ein Zwang Statt, dem übernommenen Richteramte ein Genüge zu leisten, noch auch gegen den andern Theil eine Klage, um den Ausspruch eines solchen Schiedsrichters zu erfüllen, oder die im Contraventionsfall festgesetzte Strafe zu bezahlen [41]). Ist Jemand zwar

 schon

38) *L. 7. pr. D. h. t.*

39) *L. 6. D. h. t.*

40) *L. 9. §. 1. D. h. t.*

41) *L. 41. D. h. t.* Cum lege Iulia cautum sit, *ne minor 20 annis iudicare cogatur:* nemini licere minorem 20 annis compromissarium iudicem eligere, ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur. Callistratus spricht hier unstreitig nach dem strengen Recht, wenn er auch sogar den Ausspruch eines solchen minderjährigen Schiedsrichters für ungültig hält. Allein nach der billigern Meinung des Ulpians *L. 37. D. de iudic.* ist die Sentenz nicht für ungültig zu halten, wenn der Schiedsrichter nur wenigstens 18 Jahre alt war. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. glaubt zwar, Callistratus führe hier nur die Meinung Anderer an, ohne selbst zu entscheiden, weil es am Ende der L. 41. heißt: *multi dixerunt.* Allein dies läßt sich nicht behaupten, wie *Matth.* TEMMINCK in Diss. ad fragmenta quaedam legis Iuliae de iudiciis *Traj. ad Rhen.* 1757. Cap. II. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar.* T. II. Vol. II. Nr. II. pag. 76. sqq.) gezeigt hat. Es wird übrigens freylich vorausgesetzt, daß die Partheyen es gewußt haben, daß der von ihnen gewählte Schiedsrichter noch nicht 20 Jahre alt sey. S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

schon über 20, aber noch nicht 25 Jahre alt, und er hat ein arbitrium übernommen, so muß er, wenn er wieder davon befreyet seyn will, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen[42]). Nach dem römischen Rechte[43]) können auch Frauenspersonen keine Schiedsrichter seyn, welche jedoch das kanonische Recht[44]) in dem Falle zuläßt, da sie eine ordentliche Gerichtsbarkeit haben. Ob der ordentliche Richter von den Partheyen zum Schiedsrichter in ihrer Sache gewählt werden könne, ist wenigstens nach dem römischen Rechte sehr zweifelhaft. Zwar redet Ulpian[45]) nur von einem iudice pedaneo, wenn er sagt: Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere, prohibetur lege Iulia. Ein solcher iudex pedaneus, welcher den Partheyen vom Prätor war gegeben worden, konnte darum in derselben Sache nicht Schiedsrichter seyn, weil der an die ihm ertheilte Instruction des Prätors (formulam iudicii) gebunden war[46]). Allein man sieht es doch auch aus andern Gesetzstellen[47]), daß eine Magistratsperson, die ein imperium hatte, z. B. ein Consul oder ein Prätor, darum nicht füglich zum arbiter gewählt werden konnte, weil gegen solche Magistratspersonen keine Zwangsmittel Statt hatten. Dergleichen konnten nur allenfalls gegen magistratus inferiores gebraucht werden. Nach dem kanonischen Rechte[48]) hinge-

42) *L.* 41. *in fin. D. h. t.*

43) *L. fin. Cod. h. t.* NOODT ad Pand. h. t. p. 136.

44) *Cap.* 4. *X. de arbitris.*

45) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.*

46) *Franc* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Dig. (*Oper.* pag. 143.)

47) *L.* 3. §. 3. *L.* 4. *D. h. t.*

48) *Cap.* 5. 7. 10. *et* 13. *X. de arbitris Cap.* 21. *X. de praebend.*

hingegen, und nach dem heutigen Gerichtsgebrauche[49]), ist es ausser allem Zweifel, daß nicht nur auf eine jede obrigkeitliche Person, sondern auch sogar auf den in der obwaltenden Streitsache competenten Richter, als solchen, compromittiret werden könne; jedoch mit dem Unterschiede, daß in dem ersten Falle eine solche obrigkeitliche Person bloß als Privatperson betrachtet wird, welche sich in Ansehung der ihr vermöge des Kompromisses aufgetragenen Streitsache aller eigenen Gerichtsbarkeit, und der ihr deshalb zustehenden Zwangsmittel enthalten muß, auch daher den gethanen Ausspruch nicht selbst vollstrecken darf[50]), sondern die Execution dem gehörigen Richter des Beklagten überlassen muß[51]). In dem letztern Falle hingegen geht das Kompromiß eigentlich nur auf die Verfahrungsart. Die Partheyen können sich z. B. über einen kürzern modum procedendi vergleichen. Nach dieser Vorschrift des Kompromisses muß nun zwar der Richter bey Untersuchung der Sache verfahren, übrigens aber entscheidet er vermöge seiner Jurisdiction; sein Ausspruch ist daher hier wie ein richterliches Urtheil anzusehen, und gehet in die Rechtskraft über, wenn keine Appellation, welche in

49) S. Regenspurg. Reichsabschied vom Jahr 1594. §. 65. u. 66. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs 170. von Cramer Nebenstunden Th VIII. nr. 8. NELLER cit. Collect. method. Sect. IV. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4023. not. f.

50) *Cap.* 5. *X. h. t.*

51) *Cap.* 2. *et* 4. *X. eodem.* SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3. *Mich. Gottfr* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 5.

diesem Falle Statt findet, dagegen eingewendet worden ist[52]).

§. 477.

Wie wird ein Schiedsrichter bestellet? Was ist ein Kompromiß? Was heißt *Receptum*?

Die Bestellung eines Schiedsrichters geschiehet mittelst Vertrags, und zwar wird ein doppelter Vertrag geschlossen,

1) ein Vertrag unter den Partheyen, wodurch sich dieselben mit einander dahin vergleichen, daß sie den unter ihnen obwaltenden Rechtsstreit einem dritten Sachkundigen zur Entscheidung überlassen, und sich seinem Ausspruche unterwerfen wollen. Dieser Vertrag wird *compromissum* genennt; daher heißen auch Schiedsrichter *iudices compromissarii*, oder *arbitri compromissarii*. Von diesem Kompromiß ist Folgendes zu bemerken.

1) Es hat die Natur und Kraft eines Vergleichs. Die allgemeinen Grundsätze vom Transact finden daher hier ihre Anwendung[53]).

2) Ein Kompromiß ist streng zu erklären[54]). Es schränkt sich nämlich

a) nur

52) MEVIUS Decision. P. I. Decis. 98. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t §. 24. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest Tom. I. Lib. I. Tit. 43. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4027.

53) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 5. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850. und 852.

54) LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. et 14. NELLER cit. Collect. Sect. II. §. 2.

a) nur auf die Personen ein, die es mit einander errichtet haben[55]). Auf die Erben derselben erstreckt sich solches nicht, ausser wenn es ausdrücklich mit auf dieselben gerichtet worden ist[56]).

b) Es ist nur von der Sache zu verstehen, welche zur Zeit der Errichtung desselben unter den Partheyen streitig war, und worüber das Kompromiß geschlossen worden ist[57]). Es kann also auf keine andere nicht connexe, auch nicht auf künftige Sachen, gezogen werden[58]); es wäre denn, daß das Kompromiß ausdrücklich auf alle und jede Streitigkeiten unter den compromittirenden Partheyen wäre gerichtet worden, dergleichen Kompromiß in den Gesetzen ein *compromissum plenum* genennt wird[59]).

c) Nach dem Römischen Rechte wird zur vollkommenen Verbindlichkeit eines Kompromisses eine wechselseitige Pönalstipulation erfordert[60]). Ein nudum pactum wird nur in dem Falle für hinreichend gehalten, wenn beyde Theile einander gegenseitig schuldig sind, und selbige die Verabredung mit einander getroffen haben, daß derjenige seiner Forderung verlustig seyn wolle, der dem

55) *L.* 45. *D. h. t.*

56) *L.* 27. §. 1. *L.* 32. §. 3. *et* 19. *et L.* 49. §. 2. *D. h. t. Cap. fin. X. de arbitr.*

57) *L.* 21. §. 6. *L.* 32. §. 15. *D. h. t. L.* 46. *D. eodem.*

58) *Cap.* 6. *X. de arbitr.* VOET h. t. §. 18. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 460. und BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854.

59) *L.* 21. §. 6. *D. h. t.*

60) *L.* 13. §. 1. *D. h. t. L.* 11. §. 2. *D. eodem.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 137. VOET h. t. §. 3.

Ausspruch des Schiedsrichters keine Folge leisten würde[61]). Hatte nur ein Theil stipulirt, der andere aber nicht restipulirt, so war das ganze Compromiß ungültig[62]). Hatte hingegen der eine Geld, der andere Theil aber etwas anderes als Strafe auf den Contraventionsfall versprochen, so war eine *compromissum plenum* vorhanden[63]). Nach dem heutigen Rechte ist jedoch in jedem Falle der bloße Vertrag hinreichend[64]).

2) Der andere Vertrag ist derjenige, welcher zwischen den Partheyen auf der einen, und dem Schiedsrichter auf der andern Seite geschlossen wird, wodurch sich letzterer verpflichtet, den ihm aufgetragenen Rechtsstreit der Vorschrift des Kompromisses gemäß zu entscheiden. Dieser Vertrag wird *receptum*[65]) genennt, und hat die Natur eines Auftrags oder einer Bevollmächtigung[66]). Er erfordert daher auch selbst nach dem Röm. Rechte zu seiner Gültigkeit keine Stipulation[67]) sondern kann

61) *L.* 11. §. 3. *D. h. t.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Pand. h. t. §. 5.

62) *L.* 11. §. 4 *D. h. t.*

63) *L.* 11. §. 2. *D. h. t.* Es erhellet hieraus, daß der Ausdruck *compromissum plenum* verschiedene Bedeutungen hat. S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Sect. I. nr. III. pag. 164. u. NELLER cit. Collectione Sect. II. §. 3.

64) NELLER cit. Collect. Sect. III. §. 1. in Addit. pag. 227.

65) *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* RECEPISSE autem ARBITRIUM videtur, ut PEDIUS *lib.* 9. dicit, qui iudicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur.

66) *Cap.* 30. *X. de Electione. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850.

67) Denn das Wort *recipere* bedeutet eigentlich so viel als nudo pacto und ohne Stipulation versprechen, daß man etwas thun wolle

kann sogar mit stillschweigender Einwilligung auf Seiten des Schiedsrichters eingegangen werden[68]). Nur darin ist das receptum von einem andern mandato unterschieden, daß hier keine einseitige willkührliche Aufkündigung des einmal übernommenen Auftrags Statt findet[69]).

Uebrigens können beyde Verträge, sowohl durch Conventionalstrafen, als durch einen Eid, bestätiget werden[70]) Justinian[71]) verbietet zwar, ein Kompromiß mittelst Eides zu bekräftigen, um Meineide zu verhüten; allein nach dem kanonischen Rechte[72]), welches wir in der Praxis befolgen[73]), findet auch die eidliche Bestätigung

wolle, wie *Ant.* CONTIUS Disputation. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 524. (*edit. Hanov.* 1607. 12.) bemerkt hat.

68) Z. B. durch Annehmung des Instruments, welches das Kompromiß enthält. Das bloße Stillschweigen des Schiedsrichters, ohne eine solche positive Handlung, ist jedoch nicht hinreichend. S. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 9. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4020. et not. g. pag. 434.

69) *L.* 3. §. 1. *D. h. t. L.* 15. *D. eodem.*

70) *L.* 3. §. 2. *L.* 11. §. 2. *L.* 27. §. *ult. D. h. t. L.* 4. *et* 5. *Cod. eod. Cap.* 9. *et* 13. *X. de arbitris. Cap.* 14. *X. de praesumtion. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850. in fin.

71) *Nov. LXXXII. cap.* 11. und Avth. *Decernit.* Cod. h. t.

72) *Cap.* 2. *et* 9. *X. de arbitr.*

73) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. STRUV Syntagm iur. civ. Exerc. VIII. Th. 101. STRYK Us. mod. Pand. l. t. §. 3. HOFACKER Princ. iur. civ. T. III. §. 4020. not. d. Georg Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 20. nr. 2. et 3. S. 161. Man sehe indeß *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 9.

tigung bey Kompromissen Statt. Beyde Verträge werden gewöhnlicher Weise in eine Urkunde zusammengefaßt [74]).

§. 478.

Die arbitri sind entweder *necessarii* oder *voluntarii*.

Der Regel nach hängt es nun zwar von der freyen Willkühr der Partheyen ab, ob sie die Entscheidung ihres Streits einem Schiedsrichter überlassen wollen oder nicht. Zuweilen kann aber doch ein besonderer Grund eintreten, der sie zur Bestellung eines Schiedsrichters in ihrer Streitsache verpflichtet. Ein solcher Grund kann entweder in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze, oder in einer letztern Willenserklärung, oder in einem vorhergegangenen Vertrage liegen. Daher sind die arbitri entweder *necessarii* oder *voluntarii*, und erstere wieder entweder *legales* oder *testamentarii* oder *pactitii* [75]).

§. 479.

Wer kann compromittiren, und in welchen Sachen findet ein Kompromiß Statt?

Ein Kompromiß hat die Natur eines Vergleichs. (§. 477.) Daher können

1) nur

74) Ein Formular hat Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 13. S. 43. ff.

75) *L.* 5. *pr. Cod. de recept. arbitr. L.* 16. *Cod. de iudic. Cap.* 11. *de offic. iud. deleg. in 6to. Cap.* 39. *X. eodem. Cap.* 61. *X. de appellat. Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diss. de arbitris necessariis. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 43. §. 1. und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 851.

1) nur diejenigen compromittiren, welche unter sich einen Vergleich zu schließen, und über den Gegenstand des Streits frey zu disponiren befügt sind[76]). Hieraus fließen folgende Sätze.

a) Ein Anwald kann ohne eine besondere Vollmacht in Sachen seines Principals nicht compromittiren[77]), wenn er nicht mit einer allgemeinen Vollmacht zur Besorgung aller und jeder Geschäfte seines Principals versehen ist[78]). Er haftet sonst für alles Interesse[79]).

b) Unmündige und Minderjährige können nicht ohne Einwilligung ihrer Vormünder, auch nicht gerichtlich erklärte Verschwender ohne Einwilligung ihrer Curatoren compromittiren[80]), aber auch

c) Vormünder selbst nicht ohne richterliches Decret, wenn der Streit unbewegliche Güter ihrer Pflegbefohlnen betrift[81]).

d) Ein Prälat nicht ohne Consens des Kapittels über Stiftsgüter[82]); und

e) Va-

76) VOET h. t. §. 4. SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 8. NELLER cit. Diss. Sect. IV. §. 1.

77) *Cap.* 9. *X. de arbitris.*

78) *Arg L.* 17. §. 3. *D. de iureiur.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4022.

79) *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 8.

80) *L.* 35. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18.

81) Arg. *L.* 4. *Cod. de praed. minor.* VOET in Commentar. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 16.

82) *Cap.* 1. *X. de his, quae fiunt a praelato sine consensu capituli.*

e) Vasallen nicht ohne Einwilligung des Lehnsherrn und der Lehnsfolger, wenn der Streit in deren Rechte einschlägt. Sonst können sie auch ohne deren besondere Einwilligung compromittiren, und der schiedsrichterliche Ausspruch gilt wenigstens unter den Partheyen [83]).

2) Nur über solche Sachen kann compromittirt werden, welche der Gegenstand eines Vergleichs seyn können, und die daher der Privatwillkühr der Partheyen unterworfen sind [84]). Also

a) nicht über Criminalsachen, insofern von öffentlicher Bestrafung eines Verbrechens die Rede ist [85]);

b) nicht über Sachen, die den Zustand einer Person betreffen, oder sonst in öffentliche Rechte des Staats einschlagen [86]).

c) nicht

83) *II. F.* 15. *II F.* 34. *II. F.* 46. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. feud. §. 258. Anderer Meinung ist zwar Kopp in den Proben des teutschen Lehnrechts 1. Th. S. 83 ff. Allein man sehe dagegen *Christ. Io. Conr.* ENGELBRECHT libr. sing. de Servitutibus iuris publici Sect. II. membr. III. §. 31. pag. 371. sqq. und vorzüglich *Christ. Ludw.* STIEGLITZ Diss. de potestate arbitri in litibus feudalibus sumendi vasallis concedenda *Lipsiae* 1753.

84) *Cap.* 5. *X. de arbitris.* SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 6. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 852. und *Paul. Ios. a* RIEGGER Institutiones iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 459.

85) *L.* 32. §. 6. *D. h. t. Cap.* 9. *X. de in integr. restitut.* Betrift der Streit bloß die dem Beleidigten gebührende Privatgenugthuung, so kann darüber compromittirt werden, die Klage darf aber nur keine actio famosa seyn. *L.* 13. §. 5. *D. de his, qui not. infam.* VOET h. t. §. 10. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 30. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4024.

86) *L.* 32. §. 7. *D. h. t. L. ult. Cod. ubi caus. stat.*

c) nicht über Ehesachen, insofern es auf eine Ehescheidung ankommt [87]); und

b) nicht über Sachen, welche eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffen; insofern hauptsächlich über die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts gestritten wird [88]).

§. 480.

Was ist Rechtens, wenn mehrere in derselben Sache als Schiedsrichter bestellt worden sind? Was ist ein Obmann, *superarbiter*?

Es können auch mehrere, in gleicher oder ungleicher Zahl, als Schiedsrichter in derselben Sache bestellet werden. Hier kommt es auf folgende Fragen an.

1) Müssen die mehreren Schiedsrichter die Sache gemeinschaftlich entscheiden, oder kann einer auch ohne den andern einen gültigen Ausspruch thun?

Man unterscheide, ob sie unbestimmt bestellet worden sind, oder mit der Clausel: sammt und sonders, oder sammt oder sonders. In dem ersten Falle müssen alle bey der Entscheidung der Sache gegenwärtig seyn, und es kann keiner ohne den andern einen gültigen Ausspruch thun [89]). Dies bringt nicht nur die

87) *Cap. penult. X. de in integr. restitut.* LAUTERBACH c. l. insonderheit *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 10.

88) *L. ult. Cod. ubi et apud quem in integr. restitut.* VOET h. t. §. 10.

89) *L.* 17. §. 2. *D. h. t. L.* 18. *D. eodem. L.* 32. §. 13. *D. eodem. Cap.* 16. *et* 22. *X. de officio et potest. iud. deleg.* HOF-

ACKER

die Natur des Vertrags mit sich, sondern es könnte auch leicht das Gutachten des Abwesenden die übrigen zu einer andern Meinung umgestimmt haben[90]). Nach dem kanonischen Rechte können zwar die übrigen alsdann die Sache allein vornehmen, wenn einer durch freywillige oder vorsätzlich affectirte Abwesenheit die Sache mit Fleiß aufzuhalten suchte[91]). Allein nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten[92]) stimmt der Gerichtsgebrauch dem Römischen Rechte bey, und erklärt den von den übrigen Schiedsrichtern gethanen Ausspruch für ungültig, wenn auch gleich der Abwesende blos aus Chikane weggeblieben wäre. In dem letztern Falle hingegen kann nicht nur einer ohne den andern gültig verfahren[93]), sondern es findet auch hier eine Prävention Statt[94]).

2) Wie aber, wenn die bestellten mehreren Schiedsrichter bey Entscheidung der Sache verschiedener Meinung sind? Hier ist folgender Unterschied zu machen. Die Stimmen sind entweder gleich, oder ungleich. In dem letztern Falle entscheidet derjenige Ausspruch, welcher die Stimmenmehrheit für sich hat[95]). Sind aber

ACKER T. III. §. 4021. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854.

90) *L.* 17. §. *ult. D. h. t.*

91) *Cap.* 2. *de arbitris in* 6*to.*

92) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 28. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib I. Tit. 43 §. 5. *van* ESPEN iur. eccles. univers. P. III. Tit. V. cap. 4. §. 13. NELLER Collect. method. cit Sect. V. §. 7. Addit. 1. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4021.

93) *L.* 17. §. 4. *L.* 32. §. 13. *D. eodem.*

94) *L.* 8. *D. h. t.* LAUTERBACH c. l. §. 27.

95) *L.* 17. §. 7. *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

aber die Stimmen gleich, so betrift der Dissensus entweder blos die Quantität, d. i. die Summe, in welche der Beklagte zu condemniren ist, oder er betrift die Hauptsache selbst, nämlich ob der Beklagte zu verurtheilen, oder von der Klage zu entbinden sey. In jenem ersten Falle hat der Ausspruch desjenigen den Vorzug, welcher auf die geringere Summe erkannt hat[96]). In dem letztern Falle aber entscheidet weder der eine noch der andere schiedsrichterliche Ausspruch, sondern es muß ein Obmann (*Superarbiter*) bestellet werden, der durch seinen Ausspruch der Sache den Ausschlag giebt[97]).

Obmann (*Superarbiter*) heißt also ein solcher Schiedsrichter, der auf den Fall gewählet wird, wenn die bestellten mehreren Schiedsrichter bey Entscheidung der Hauptsache dergestalt dissentiren, daß eben so viel Stimmen für als wider den Beklagten sind, um durch seinen Ausspruch die Wirkung der Stimmengleichheit aufzuheben. Ein solcher Obmann kann nun nicht nur von den

96) *L.* 27. §. 3. *D. h. t Cap.* 1. *de arbitr. in 6to.* Wenn also von 3 Schiedsrichtern der eine auf eine Summe von 15, der andere auf 10, der dritte auf 5 stimmt, so entscheidet der Ausspruch des letztern. Zwar meint *de* COCCEJI in iur civ. controv. h. t. Qu 4 daß derjenige Ausspruch den Vorzug verdiene, worin auf die mittlere Summe erkannt worden ist; allein man sehe VOET h. t. §. 19.

97) *L.* 17. §. 6. *D. h. t. Cap.* 39. *X. de offic et potest. iud. deleg. Cap.* 61. *X. de appellat* Der Nam Suberarbiter kommt in den Gesetzen nicht vor, sondern stammt von den Glossatoren her. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Exercitat de Superarbitris, vulgo von Obmannen, (*Goettingae* 1744) Cap. I. §. 6. not. c.

den Partheyen selbst, sondern auch von den dissentirenden Schiedsrichtern gewählet werden; und zwar haben die Partheyen entweder denselben in dem Vertrage ausdrücklich die Erlaubniß ertheilt, einen Obmann auf den Fall zu Hülfe zu nehmen, wenn sie in der Hauptsache verschiedener Meinung seyn sollten, oder nicht. In dem letztern Falle können die dissentirenden Schiedsrichter auf Verlangen der Partheyen von dem ordentlichen Richter angehalten werden, einen Obmann zu wählen, cuius auctoritati pareatur, wie Ulpian[98]) sagt. Können sie also vom Richter dazu angehalten werden, so muß die Bestellung eines Obmanns in diesem Falle wohl zu ihrer Amtspflicht gehören. Es muß ihnen also auch das Recht dazu schon von selbst, vermöge einer stillschweigenden Concession der Partheyen, zustehen, weil sonst die Sache unentschieden bleiben würde[99]); und diese Befugniß räumt ihnen auch das kanonische Recht ein[100]).

Haben aber die Partheyen den Schiedsrichtern diese Befugniß, einen Obmann zu erwählen, ausdrücklich ertheilt, so unterscheidet Ulpian[1]) zwey Fälle. Es ist nämlich entweder gleich bey der Eingehung des Kompromisses

98) *L.* 17. §. 6. *in fin. D. h. t.* Hiermit stimmt auch das kanonische Recht überein, wie aus *cap.* 39. *X de officio et potest. iud. deleg.* und *cap.* 61. *X. de appellat.* erhellet.

99) *Phil.* HEDDERICH Diss. de eo, si pares arbitri fuerint adsumti cum clausula: ut in casu dissensus tertium eligant, quid iuris? §. 4. (in EIUS *Dissertation. iuris eccles. german* Vol. I. *Bonnae* 1783. 4. Nr. VI. p. 127. sqq.)

100) *Cap.* 61. *X. de appellat. Cap.* 39. *X. de officio et potest. iud. deleg.*

1) *L.* 17. §. 5. *D. h. t.*

misses eine gewisse Person ernannt worden, welche von den Schiedsrichtern, im Falle sie sich über die Entscheidung der Hauptsache nicht vereinigen könnten, zu Hülfe genommen werden soll, oder nicht, sondern diese Wahl ist den Schiedsrichtern allein überlassen worden. In dem erstern Falle sagt Ulpian, das Kompromiß sey gültig, weil hier bey der Annehmung eines Obmanns kein weiterer Dissensus Statt finden kann. Allein in dem letztern Falle drückt sich der römische Jurist so aus: Si in duos fuerit sic compromissum, *ut, si dissentirent, tertium adsumant*, puto tale compromissum non valere: nam in adsumendo possunt dissentire. Diese Worte versteht man gewöhnlich so, als ob das ganze Kompromiß in diesem Falle nichtig und unverbindlich sey [a]). Wie wenig aber diese Erklärung dem Geiste des Gesetzes entspreche, davon überzeugt uns nicht nur der ganze Zusammenhang der Stelle, sondern auch der beygefügte Grund des Gesetzes, welcher ganz deutlich lehrt, daß der Ausdruck *non valere*, den Ulpian hier gebraucht hat, nichts anders bedeuten soll, als effectu destitui. Der wahre Sinn jener Worte geht also dahin: das Kompromiß werde hier ohne Wirkung seyn, weil leicht vorauszusehen ist, daß die Schiedsrichter sich eben so wenig über die Wahl eines Obmanns werden vereinigen können, als sie sich über die Entscheidung der Sache selbst vereinigen konnten. Diese Erklärung bestärkt vorzüglich der

a) LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 24 STRYK Us. Mod. Pand. h t §. 9. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 17. D h t nr. 5. *Ant.* FABER Rational. in eand L. HACHOVIUS in Prot. Dig. h. t pag. 1242 VOET Comm ad Pand. h t. § 13. *de* COCCEJI iur civ controv, h. t. Qu. 3. NELLER cit. Collect. Sect. III. §. 4. pag. 227.

nachfolgende §. 6. der *L.* 17. wo es heißt: Principaliter autem quaerimus, si in duos arbitros sit compromissum, an cogere eos Praetor debeat sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est, propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. Hier erklärt **Ulpian** eben dasjenige durch die Redensart: *sine exitu futurum esse*, was er in dem vorhergehenden §. 5 durch *non valere* ausgedruckt hatte, und es ergiebt sich also hieraus ganz deutlich, daß hier von keiner wirklichen Nullität des Kompromisses, sondern nur davon die Rede sey, daß solches schwerlich von Wirkung seyn werde, weil die Wahl des Obmanns einen neuen Dissensus verursachen wird. Wollte man diese Stelle anders erklären, so würde eine offenbare Inconsequenz daraus entstehen. Denn nach dem §. 6. *L.* 17. gilt das Kompromiß, wenn wegen der Bestellung eines Obmanns nichts verabredet worden ist. In diesem Falle soll der Richter die dissentirenden arbitros anhalten, einen Obmann zu wählen, der durch seinen Ausspruch den Ausschlag geben soll, damit die Sache nicht unentschieden bleibe. Warum sollte denn nun das Kompromiß in dem Falle null und unverbindlich seyn, wenn die Partheyen ausdrücklich verabredet haben, daß die arbitri auf den Fall, da sie sich über die Entscheidung der Sache nicht vereinigen könnten, einen Obmann annehmen sollen. Warum sollten sie nicht auch in diesem Falle auf Verlangen der Partheyen zur Bestellung eines Obmanns vom Richter genöthiget werden können? oder warum sollte die Sentenz nichtig seyn, wenn sich die Schiedsrichter über einen Obmann wirklich vereiniget hätten, und von diesem die Sache nunmehr entschieden worden wäre [3])?

Alles

3) Man vergleiche hier *I. H.* BOEHMERI Corp. iur canon. ad Cap. 12. X. de arbitris Not. 76. *Ge. Lud.* BOEHMER Exer-

Alles dessen ungeachtet erklärt das kanonische Recht [4]), irre geleitet durch die Glosse des Civilrechts [5]), ein solches Kompromiß für ungültig, wodurch mehrere Schiedsrichter in gleicher Zahl bestellet worden sind, ohne daß die Partheyen zugleich, auf den Fall des Dissensus, eine gewisse Person zum Obmann ernannt haben; gesetzt auch, daß sich nachher die Schiedsrichter selbst über die Bestellung eines Obmanns vereiniget hätten.

Allein die Teutschen haben an der Gültigkeit eines solchen Kompromisses nie gezweifelt [6]); und so groß auch sonst bey uns das Ansehen des kanonischen Rechts ist, so lehrt uns doch das einstimmige Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten [7]), daß auch der heutige Gerichtsgebrauch jene ungereimte, und auf einem bloßen Mißverstande des Röm. Rechts beruhende päbst-

 liche

Exercit. de Superarbitris Cap. I. §. 12. sqq. und *Phil.* HEDDERICH cit. Diss de eo, si pares arbitri fuerint assumti cum clausula: ut in casu dissensus tertium eligant, quid iuris? §. 17.

4) *Cap.* 12. *X. de arbitris.*

5) *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Exercitat. Cap. VI. §. 6.

6) Dieses haben aus vielen Beyspielen sehr gründlich erwiesen Joh. Ad. Kopp von den Obmannen der alten Teutschen, und deren heutigen Gebrauche; §. 2. u. 3. (in Dessen Proben des teutschen Lehnrechts 1. Th. Nr. III. S. 63. ff.) *Ge. Lud.* BOEHMER in Exercit. de Superarbitris. Cap. II. §. 9. und HEDDERICH cit. Diss. §. 20.

7) STRYK Us. mod. Pand h. t. §. 9. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 7. LEYSER Meditat ad Pand. Specim. LXV. med. 8. *de* COCCEJI iur. civ controv. h. t. Qu. 3. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4021. not. g.

liche Verordnung nicht angenommen habe, sondern vielmehr, den teutschen Sitten gemäß, die Gültigkeit eines Kompromisses auch in dem Falle standhaft behaupte, da die Person des Obmanns nicht bestimmt ist. Haben also die Schiedsrichter in einem solchen Falle zur Aufhebung des unter ihnen entstandenen Dissensus einen Obmann einmüthig ernannt, so ist gegen dieses Verfahren nichts einzuwenden [8]). Sollten sie sich aber auch in der Wahl eines Obmanns nicht vereinigen können, so ist entweder den Partheyen daran gelegen, daß die Sache entschieden werde, oder nicht. In dem letztern Falle bleibt nun freylich das Kompromiß ohne Wirkung. In dem ersten Falle hingegen können sich die Partheyen an den ordentlichen Richter wenden, und dieser kann auf Verlangen derselben entweder selbst einen Obmann bestellen [9]), oder die Bestellung desselben den Schiedsrichtern bey Strafe auferlegen [10]), oder er kann auch, wie unser Verfasser bemerkt, die Acten mit den votis der dissentirenden Richter an ein auswärtiges Spruchcollegium verschicken.

§. 481.

8) Die Schiedsrichter sind in einem solchen Falle auch befugt, die Acten an ein auswärtiges Spruchcollegium zu verschicken. S. *Ge. Henr.* AYRER Diss de auctoritate arbitrii ex compromisso vim rei iudicatae habentis. *Goetting* 1744. §. 19 not. d. pag. 30. Zuweilen pflegt dies auch im Kompromiß ausdrücklich festgesetzt zu werden, daß, wenn sich die arbitri eines Urteils nicht vergleichen könnten, die Acten an eine unpartheyische Juristen-Facultät zur Einholung eines Rechtsspruchs verschickt werden sollen; wovon *Conr. Wilh.* STRECKER in Spec. de laudo arbitrorum eiusque iuris effectibus *Erf.* 1733. p. 33. ein Beyspiel anführt.

9) STRYK c. l.

10) *Ge. Lud.* BOEHMER c. l.

§. 481.

Pflichten der Schiedsrichter.

Der Schiedsrichter ist nun vermöge der Annahme des Kompromisses verpflichtet,

1) die ihm übertragene streitige Rechtssache gehörig zu untersuchen, und zu entscheiden. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit kann auch derselbe im Verweigerungsfalle von dem Richter, unter welchem er steht, durch Zwangsmittel angehalten werden[11]). Denn so wenig auch die Gesetze Jemanden wider seinen Willen gezwungen wissen wollen, das Amt eines Schiedsrichters zu übernehmen, für so unbillig halten sie es doch, wenn der Schiedsrichter sich aus unlautern Absichten von der übernommenen und unentschiedenen Sache losmachen wollte, nachdem er einmal hinter die ganze Lage derselben, und deren geheimste Umstände gekommen ist[12]). Daß der Prätor deshalb den Partheyen eine besondere Klage gebe, welche Anton Contius[13]) actionem in factum de receptis nennt, läßt sich nicht behaupten. Denn es ist allerdings merkwürdig, was auch schon Gerhard Noodt[14]) sehr gründlich erinnert hat, daß der Prätor in seinem Edict nur sagt: *Sententiam se arbitrum dicere coacturum*[15]), ohne jedoch hinzuzufügen, quod iudicium ea de re dare velit, wie doch sonst in den Edicten des Prätors allemal geschiehet.

11) *L.* 3. §. 2. *et* 3. *D. h. t. L.* 32. §. 12. *D. eodem.* VOET h. t. § 14.

12) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

13) Disputat. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 524.

14) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 138.

15) *L.* 15. *D. h. t.*

Es findet also hier eine blose Imploration Statt[16]), und das gewöhnliche Zwangsmittel ist Geldstrafe[17]); daher es rathsam ist, wenn auf solchen Fall schon dem Receptum eine Conventionalstrafe angehängt wird[18]). Der Schiedsrichter kann sich jedoch aus folgenden Gründen entschuldigen;

a) wenn ihn die Partheyen durch Verläumdungen an seiner Ehre gekränkt haben[19]).

b) Wenn sie ihn einmal verlassen, und sich bereits an einen andern Schiedsrichter gewendet hatten, nachher aber ihn wieder annehmen wollen[20]).

c) Wenn zwischen ihm und den Partheyen, oder einer derselben, eine Todfeindschaft entstanden ist[21]).

d) Wenn

16) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 33. Schmidts practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 708. und §. 747 ff.

17) *L.* 32. §. 12. *D. h. t.* WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 447.

18) § *ult. I. de verbor. obligat.* Schmidts Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 3. Band § 750.

19) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.* VOET h. t. §. 21.

20) *L.* 9 §. 5. *D. h. t. L.* 10. *L.* 11. *pr. D. eodem. L.* 17. §. 1. *eod.* Eine Litispendenz wird daher durch angefangene Verhandlung einer Rechtssache vor dem Schiedsrichter nicht begründet. *L.* 30. *h. t.* VOET h. t. §. 1. et 21. Auch keine Prävention S. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 41.

21) *L.* 15. *D. h. t.*

d) Wenn er durch Krankheit, oder ein anderes nöthiges Amtsgeschäft, oder durch eine dringende Reise, die übernommene Sache zu entscheiden, gehindert wird [22]).

2) Er muß das streitige Geschäft binnen der ihm gesetzten Zeit entscheiden, oder um Verlängerung derselben bey den Partheyen anhalten [23]).

3) Er darf ohne Vorbewust und Einwilligung der Partheyen keinen andern substituiren [24]), weil blos auf seine Person Rücksicht genommen ist [25]).

4) Er darf zwar nicht über die Gränzen des Kompromisses hinausgehen [26]), jedoch muß er alle diejenigen Punkte entscheiden, die ihm zur Entscheidung überlassen worden sind [27]), und er ist auch befugt, über alles dasjenige zu sprechen, was mit der ihm übertragenen Sache in Verbindung steht, und unmittelbar zu ihr gehört, z. E. über Früchte, Zinsen, und Unkosten, wenn gleich

22) *L.* 15. *L.* 16. *D. h. t.*

23) *L.* 21. § 5. *L.* 25. §. 1. *D. h. t. L.* 32. §. *fin. L.* 50. *D. eodem.* Ist ein gewisser Tag festgesetzt worden, da das Urtheil in der Sache gesprochen werden soll, so darf dieser Tag ohne Einwilligung der Partheyen weder prorogirt noch anticipirt werden. *L.* 33. *L.* 50. *D. eodem.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 36.

24) *L.* 32. §. 16. *et* 17 *D. h. t. Cap.* 13. *X. de arbitris.* LAUTERBACH h. t. § 33. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 8. Claproths Einleitung zu den ordentlichen bürgerlichen Proc. § 1. Th. § 9. S. 31.

25) *L.* 45 *D. h. t*

26) *L.* 32. §. 15. *D. h. t.*

27) *L.* 19. §. 1. *L.* 21. *pr. et L.* 43. *D. h. t.*

das Kompromiß davon ausdrücklich nichts enthält[28]). Hingegen darf er über die Wiederklage nicht erkennen[29]).

5) Soviel die Verfahrungsart betrift, so ist dieselbe entweder im Kompromiß bestimmt, oder nicht. In dem erstern Falle muß er sich genau an diese Vorschrift halten, sonst ist sein Ausspruch ipso iure nichtig, und es hat dagegen 30 ganze Jahre die Nullitätsklage Statt[30]), wenn gleich das Kompromiß mittelst Eides wäre bekräftiget worden[31]). In dem letztern Falle hingegen muß er die Gerichtsordnung des Landes beobachten[32]). Ueberhaupt muß der Schiedsrichter, wenn nicht im Kompromiß ein Anderes ist ausgemacht worden, sowohl bey der Erörterung, als bey der Entscheidung der Sache eben diejenigen Vorschriften der Gesetze befolgen, an welche auch der ordentliche Richter gebunden ist[33]).

6) Das Urteil selbst muß in beyder Partheyen Gegenwart gesprochen werden, wenn es gelten soll, wofern nicht durch Vertrag ein Anders wäre festgesetzt worden

28) Arg. *cap.* 21. *in fin. X. de offic. et potest. iud. deleg.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 33. in fin.

29) *Cap. 6. X. de arbitris.* VOET ad Pand. h. t. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4025.

30) *L. 7. in fin. L.* 32. §. 17. *et ult. D. h. t.* MEVIUS P. I. Decis. 100. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33.

31) G. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abh. Nr. 20. S. 162.

32) *Cap.* 2 *X. de arbitris.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854. HOFACKER Princip. iur civ. Tom III. §. 4025. lit. F.

33) *L* 1. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 36.

den[34]). Daher müssen die Partheyen[35]), oder deren Anwälde[36]), oder, wenn die Partheyen noch unmündig, oder gar wahnsinnig sind, deren Vormünder[37]) zur Publication des Spruchs gehörig vorgeladen werden. Wer durch sein Ausbleiben den Schiedsrichter hindert, daß er die Sache nicht zur gesetzten Zeit entscheiden kann, hat die Conventionalstrafe verwirkt[38]), wenn er keine rechtmässige Entschuldigungsursache anführen und erweisen kann[39]). Daß der Schiedsrichter auch Entscheidungsgründe von seinem Ausspruche angebe, erfordern wenigstens die Römischen Gesetze nicht; vielmehr sagt Paulus[40]): Qualem sententiam dicat arbiter, ad Praetorem non pertinet: dummodo dicat, quod ipsi videtur; und Ulpian[41]) führt sogar ein Rescript des Kaisers Pius an, worin es heißt: Qui compromisit, *ve. minus probabilem sententiam* aequo animo ferre debet. Es behauptet indessen Böhmer[42]), daß nach der Analogie der teutschen Reichsgesetze[43]) der Schiedsrichter die

34) L. 27. §. 4. et 5. D. h. t. VOET Commentar. h. t. §. 15. HOFACKER c. l. lit. A.

35) *L.* 49. §. 1. *D. h. t.*

36) *L.* 32. §. 18. *D. h. t.*

37) *L.* 27. §. 5. *L.* 47. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

38) *L.* 27. §. 4. *D. h. t. L.* 2. *Cod. eodem.* VOET h. t. §. 15.

39) *L.* 21. §. 9. *D. h. t.*

40) *L.* 19. *pr. D. h. t.*

41) *L.* 27. §. 2. *D. h. t.*

42) Auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 20. Qu. 2. nr. 19. ff. S. 164.

43) Reichsabsch. v. Jahr 1654. §. 61. Man vergleiche auch v. Selchow neue Rechtsfälle 2. Band Nr. IV. S. 104. ff.

die Entscheidungsgründe seines Ausspruchs den Partheyen auf ihr Erfordern mitzutheilen verbunden sey.

§. 482.

Wirkung eines schiedsrichterlichen Ausspruches.

Der Ausspruch des Schiedsrichters, welcher die Entscheidung der ihm aufgetragenen Streitsache enthält, wird *arbitrium* oder *laudum*[44]) genennt. Die Verbindlichkeit desselben beruhet auf dem errichteten Kompromiß der Partheyen, welches die Natur eines Vergleichs hat. Daher müssen sich die Partheyen dabey schlechterdings beruhigen, wenn auch der schiedsrichterliche Ausspruch noch so unbillig wäre[45]). Nach dem römischen Rechte hatte zwar eigentlich nur dann eine Klage Statt, wenn das Kompromiß mittelst einer Stipulation war errichtet worden. Hier konnte der Beklagte mit der actione ex stipulatu auf Leistung desjenigen, was ihm in dem Urteil des Schiedsrichters war auferlegt worden, oder auf Bezahlung der im Contraventionsfall festgesetzten Strafe belangt werden[46]). War hingegen das Kompromiß durch einen bloßen Vertrag

44) Das Wort *laudum* kommt in den Gesetzen nirgends vor, sondern stammt, wie mehrere andere, von den Glossatoren her, und ist aus der barbarischen Latinität des Mittelalters zu erklären. S. *du* FRESNE und WACHTER Glossaria v. *Laudum*: auch ALCIATI Parerga iuris Lib. I. cap. 45.

45) *L.* 27. §. 2. *D. h. t. L.* 76. *D. pro Socio. Ge. Heur.* AYRER Diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso vim rei iudicatae habentis. *Goettingae* 1744. §. 25. sqq.

46) *L.* 3. *Cod. h. t. L.* 2. *et L.* 38. *D. eodem. Ge. Lud.* ROEHMER Diss. de Superarbitris. Cap. I. §. 18.

rag geschlossen worden, so bewirkte solches nur eine xceptionem pacti, womit der Beklagte, wenn der Aus-ruch für ihn günstig ausgefallen war, sich gegen die eitern Ansprüche des Klägers schützen konnte[47]). Nur zwey Fällen änderte **Justinian** das ältere Recht ab; verordnete nämlich, daß wenn der schiedsrichterliche Ausspruch entweder von den Partheyen unterschrieben, laudum homologatum)[48]) oder durch ein zehentägiges Stillschweigen des Beklagten bestätiget worden wäre, ohne aß derselbe entweder bey dem Kläger noch bey dem ordent-chen Richter eine Protestation dagegen eingelegt hätte, ine actio in factum auf Erfüllung desjenigen Statt nden sollte, was dem Beklagten durch den Ausspruch es Schiedsrichters ist auferlegt worden[49]). Allein da iese ganze Verordnung auf dem Grundsatz des Röm. Rechts, daß ein pactum nudum an sich keine Klage wirkt[50]), beruhet, welcher aber in Teutschland nicht gilt; so ist nach dem Urteil practischer Rechtsgelehr-en davon heutiges Tages kein Gebrauch zu machen[51]).

Schon

47) *L.* 13. §. 1. *D. h. t. L.* 5. *Cod. eodem. Ant.* SCHULTING Enarrat. part prim. Pand. h. t. §. 12. HOFACKER T. III. §. 4026. Nr. II. lit. A.

48) Von der gewöhnlichen Formel, die man zu Justinians Zeiten gebrauchte: ὁμολογῶ πληροφορεῖν, d. i. *spondeo implere*, wie aus der *L.* 4. §. 6. *Cod. h. t.* erhellet.

49) *L.* 5. *C. h. t.*

50) *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XIII. §. 8. BACHOVIUS ad Prota Pand. h. t. pag. 1275.

51) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 11. BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XLIII. §. 14. und in Doctr de actionibus Sect. II. Cap. VII. §. 27. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig.

Schon der blose Kompromißvertrag wirkt daher heut zu Tage eine vollkommene Verbindlichkeit, sich dem schiedsrichterlichen Ausspruch zu unterwerfen [52]) und es findet dagegen weder eine Appellation, noch sonst ein suspensives Rechtsmittel Statt [53]), wenn nicht die Partheyen sich

Dig h. t. § 9. LUDOVICI Diss de effectu et obligatione laudi. §. 20. sqq AYRER cit. Diss. § 32 HOFACKER Princip. iur civ. T. III. §. 4026. Nr. II lit. C. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. not. t.

52) *Iust. Henn.* BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. XLIII. §. 14. MEVIUS P. II. Decis. 280.

53) *L.* 32. § 14. *D. h. t. L.* 1. *C. eodem. Ge. Lud* BOEHMER Exercit. de Superarbitris. Cap. I. §. 19. Hiermit stimmt auch das kanonische Recht überein, wie aus *Can* 33 *Caus. II. Qu.* 6. u. *Cap.* 2. *et* 4. *X. de arbitris* erhellet. Zwar scheint *Can.* 34. *Caus. II. Qu.* 6. entgegen zu seyn, wo es heißt: Sane *si ex consensu partium iudices electi fuerint*, etiam a pauciore numero, quam constitutum est, *liceat provocari* All in schon die *Correctores Romani* haben bey diesem Text des Gratianischen Decrets angemerkt, daß die Lesart unrichtig sey, und *non liceat provocari* gelesen werden müsse. Nun stimmen zwar freylich in der gemeinen Lesart die meisten und ältesten Handschriften des Gratianischen Decrets überein, wie auch *Phil.* HEDDERICH in Observat ad Can 33. et 34 Caus. II. Qu. 6. §. 3. (in EIUSD. *Dissertation. iuris eccles. german.* Vol. I pag 39. aus der Vergleichung mehrerer von ihm angeführten Cod. Mss. bemerkt hat. Allein dies beweißt nur, daß Gratian dem Canon fälschlich einen affirmativen Sinn untergeschoben habe. Daß aber *non liceat provocari* gelesen werden müsse, erhellet theils aus der Verbindung des *can.* 34. und 37. *C. II. Qu* 6. welche beyde aus dem can 10. Concilii Carthaginensis III. de a. Chr. 397. genommen, vom Gratian aber

ch solches ausdrücklich vorbehalten haben[54]). Selbst er Schiedsrichter kann den einmal gethanen Ausspruch icht mehr abändern[55]); er kann sogar selbigen wegen nes begangenen Irrthums nicht einmal verbessern[56]). Denn

aber getrennt worden sind; theils aus dem *Codice canon. Ecclesiae Africanae* can. 15. (in *Guil.* VOELLI et *Henr.* IUSTELLI Bibliotheca iur. canon. vet. pag. 339. und in HARDUINI *Collect. Concilior.* Tom. I. pag. 962.) Man sehe ausser HEDDERICH Observat. cit. §. 6. noch vorzüglich *Car. Sebast.* BERARDUM ad Gratiani canones. P. I. cap. 15. pag. 148. (edit. *Venet.* 1777. 4.) Daß auch nach teutschen Rechten keine Appellation noch sonst ein suspensives Rechtsmittel gegen einen schiedsrichterlichen Ausspruch Statt finde, haben Kopp in den Proben des teutschen Lehnrechts 1. Th. S. 77. und AYRER cit. Diss. §. 28. gezeigt.

4) AYRER cit. Diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso. §. 37. Eine solche Reservation im Kompromiß ist jedoch immer streng zu erklären, und über das ausdrücklich vorbehaltene Rechtsmittel nicht auszudehnen. LAUTERBACH Diss de arbitris compromissariis. §. 39. nr. 9. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. VIII. §. 104. not. γ.

5) *L.* 19. §. *fin. D. h. t.* Jedoch behauptet man heutiges Tages, daß ein Schiedsrichter seinen Ausspruch wenigstens declariren könne, im Falle derselbe dunkel oder unbestimmt ausgedruckt seyn sollte. S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 9. und SCHAUMBURG Compend. iur. canon. h. t. § 9.

6) *L.* 20. *D. h. t.* Arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest. Der Gerichtsgebrauch gestattet jedoch die Anfechtung des Ausspruchs, wenn derselbe auf einem offenbaren Irrthume beruhet. GAILIUS Lib. I. Observ. 150. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LXV. med. 3. Man sehe jedoch Claproths Einleitung in den ord. bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 12. Not. c.

Denn sein Amt ist geendiget, sobald er seinen Ausspruch den Partheyen eröfnet hat[57]). Die Partheyen aber erlangen, vermöge des Kompromisses, ein so vollkommenes Recht auf das, was der Spruch besagt, daß ihnen solches auf keine Weise wieder entzogen werden kann[58]). Daher kann auch das Urteil eines Schiedsrichters eben so wenig, als ein Vergleich, wegen der Unbilligkeit oder wegen irgend einer Verletzung angefochten werden[59]). Es lehrt dieses nicht nur der Zweck des Kompromisses. Non enim differendarum litium causa, sagt Celsus[60]), sed tollendarum ad arbitros itur. Sondern eben dieses bestätigen auch die Gesetze[61]) ausdrücklich. Zwar wollen mehrere Rechtsgelehrte[62]) behaupten, daß es nach dem kanonischen Rechte gestattet sey, einen schiedsrichterlichen Ausspruch im Wege einer auffergerichtlichen Berufung binnen zehen Tagen anzufechten, und die Sache wegen erlittener Beschwerden an den ordentlichen Richter zu bringen. Allein aus den Gesetzen selbst läßt sich diese Meinung

57) *L.* 19. §. *fin. L.* 21. *pr. D. h. t.*

58) HUBER Prælect. ad Pand. h t. § 7. STIEGLITZ Diss. de potestate arbitri in litibus feudalibus sumendi § 6.

59) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 37.

60) *L.* 37. *D. h. t.*

61) *L.* 76. *D. Pro socio.* Arbitrorum genera sunt duo: unum eiusmodi, *ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus;* quod observatur, *cum ex compromisso ad arbitrum itum est:* alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat.

62) *Ge. Lud.* BOEHMER Exercit de Superarbitris Cap II. §. 8. Claproth in der angef. Einleitung 1. Th. § 12 und Not. a. S. 41. *Ant.* SCHMIDT Institut. iur. eccles. T II. §. 169 in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4028.

nung nicht erweisen[63]). Indessen gestattet wenigstens der heutige Gerichtsgebrauch, nach dem Zeugniß practischer Rechtsgelehrten[64]), eine solche ausgerichtliche Berufung gegen den Ausspruch eines Schiedsrichters; obwohl andere an der Allgemeinheit einer solchen Praxis zweifeln, und daher vielmehr bey dem Buchstaben der Gesetze stehen zu bleiben, anrathen[65]).

Nur in folgenden Fällen kann von dem Ausspruche des Schiedsrichters abgegangen werden.

1) Wenn dem Kompromiß eine Conventionalstrafe beygefügt worden, die derjenige Theil bezahlen soll, der sich den schiedsrichterlichen Spruch nicht würde gefallen lassen.

3) S. *Phil.* HEDDERICH Elem. iuris canon. P II. § 121. Man beruft sich zwar auf das *Cap.* 2. *X. de arbitr.* wo es am Schluß heißt: vel *si arbitrium ipsum noveris aequitate subnixum*, ad observantiam ipsius utramque partem, appellatione cessante, compellas. Allein man hat nicht bedacht, daß in diesem Text von einem solchen Falle die Rede ist, wo wegen des von dem andern Theil begangenen Betrugs der schiedsrichterliche Ausspruch mit Recht angefochten werden konnte, und wo noch das einzige Mittel, ihn zu erhalten, dieses war, wenn er billig befunden würde, wie auch HEDDERICH in Dissertat. iur. eccles. germ. Vol. I. pag. 141. bemerkt hat.

4) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII §. 7. VOET h. t. §. 25. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. XLIII. §. 15. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 856. HORACKER c. I.

5) NELLER Collect. method. SS. canonum et LL. praecipuar. ad Tit. Decretal. de arbitris. Sect. IX. § 4. sqq. BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 28. not. * et q. HEDDERICH cit. loc. pag. 141. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 756.

lassen [56]). In diesem Falle steht es demjenigen Theile, der die Conventionalstrafe bezahlt hat, frey, die Sache noch an den ordentlichen Richter zur Entscheidung zu bringen [67]); es muß nur nicht etwa die Strafe blos auf den Fall des Verzugs, und also salvo laudo, seyn beygefügt worden [68]), welches jedoch im Zweifel nicht vermuthet wird [69]).

2) Wenn der Schiedsrichter aus offenbarer Partheylichkeit und Feindschaft, oder aus Bestechung einen ungerechten Ausspruch gethan hat. In diesem Falle kann der Klage auf Vollziehung eines solchen Ausspruchs die exceptio doli mali entgegengesetzt werden [70]).

3) Wenn derselbe etwas Unanständiges erkannt hat [71]).

4) Wenn der Ausspruch des Schiedsrichters an sich nichtig ist. Dahin gehört,

a) wenn

66) *L.* 2. *L.* 34. §. 1. *et L.* 38. *D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

67) *L.* 30. *D. h. t. Nov. LXXXII. c.* 11. *Auth. Decernit C. h. t.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 40.

68) MEIER Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 76. GAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 150. nr. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4026.

69) *L.* 10. §. *D. de pact. L.* 16. *D. de Transact.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. u.

70) *L.* 32. §. 14. *D. h. t. L.* 3. *Cod. eodem.*

71) *L.* 21. §. 7. *D. h. t.*

a) wenn derselbe auf einem falschen Grunde beruhet[72]);

b) wenn die Sache nicht binnen der gesetzten Zeit entschieden worden ist[73]);

c) wenn gegen ein den vorliegenden Fall ganz klar entscheidendes Gesetz erkannt worden ist[74]);

d) wenn der Ausspruch einem rechtskräftigen Erkenntniß zuwider läuft[75]);

e) wenn wesentliche Bestandtheile eines jeden rechtlichen Verfahrens vernachlässiget worden sind; z. B. die Partheyen sind nicht gehört, oder offenbar erhebliche Thatsachen ganz unerörtert gelassen worden; endlich

f) wenn die von den Partheyen vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist.

Diesen Gründen, aus welchen ein schiedsrichterlicher Ausspruch angefochten werden kann, fügt der Gerichtsgebrauch, obwohl gegen den Sinn der Gesetze, noch

5) den hinzu, wenn der Ausspruch eine überaus grosse Verletzung enthält, die weit über die Hälfte hinausgehet, (laesio enormissima) und diese ganz deutlich aus den Acten constirt[76]).

72) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 10.

73) *L.* 32. §. 3. *et ult. D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem.*

74) SCHAUMBURG. c. l.

75) *Cap.* 11. *X. de arbitris.*

76) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 38. STRYK Us. mod, Pand. h. t. §. 10. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. §. 61.

Wenn nun aus irgend einem Grunde der schiedsrichterliche Ausspruch angefochten wird, es geschehe solches entweder durch die Nullitätsklage, oder durch das Rechtsmittel einer aussergerichtlichen Berufung, oder durch den Weg einer reductionis ad arbitrium boni viri, so muß dieses Rechtsmittel bey dem ordentlichen Richter des Beklagten eingewendet werden[77]), von dessen Ausspruche in der Praxis sogar eine fernere Appellation gestattet wird[78]).

§. 483.

Klage auf Befolgung des schiedsrichterlichen Ausspruchs.

Der Schiedsrichter kann seinen Ausspruch nicht selbst vollstrecken[79]). Denn er hat keine Gerichtsbarkeit,

§. 61. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 104. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4028. nr. IV. pag. 443. Zur Begründung dieses Gerichtsgebrauchs beruft man sich auf den Reichsabschied vom Jahr 1594. §. 66. Man sehe indessen BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 28. not. q. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 3. Band §. 756. S. 277.

77) LUDOVICI Diss. de obligatione et effectu laudi §. 25. AYRER Diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso. §. 38. et 39. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. I. Th. §. 1010.

78) VOET Commentar. h. t. §. 28. GAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 149. nr. 4. sq. LUDOVICI cit. Diss. §. ult. und AYRER cit. Diss. §. ult.

79) Eine Ausnahme findet nur denn Statt, wenn die Partheyen auf den ordentlichen Richter compromittirt hatten, und dieser, zwar

keit, sondern ist eine bloße Privatperson. Der obsiegende Theil muß daher bey dem ordentlichen Richter des Beklagten um die Execution der Sentenz anhalten. Die deshalb anzustellende Klage ist nicht die actio iudicati [80]), sondern eine actio in factum, oder besser die actio ex compromisso. Der Kläger gründet sich auf das geschlossene Kompromiß, und den in Gemäßheit desselben von dem Schiedsrichter gefälleten Ausspruch [81]). Beydes muß daher der Klagschrift beygefügt werden. Das Gesuch wird auf Vollstreckung des Erkenntnisses gerichtet. Daher muß dasjenige, was dem Beklagten durch den schiedsrichterlichen Ausspruch ist auferlegt worden, nach dem Inhalt desselben bestimmt ausgedruckt werden [82]). Gegen die Erben des Beklagten findet nur dann eine Klage Statt, wenn ihr Erblasser den schiedsrichterlichen Ausspruch noch erlebt hat [83]). Denn ist er vor dessen

zwar nach der Vorschrift des Kompromisses, aber doch vi suae iurisdictionis das Urteil gesprochen hat. S. HOFACKER Princip iur. civ. Tom. III. §. 4027.

80) *L. 1. C. h. t.* NELLER Collect. method. Sect. VIII. §. 1.

81) Daß der Ausspruch von den Partheyen unterschrieben, oder durch ein zehntägiges Stillschweigen des Beklagten bestätiget seyn müsse, wird h. z. T. nicht erfordert. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VII. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4028. Nr. II. Lit. C.

82) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band §. 755.

83) *L. 27. §. 1. L. 32. §. 19. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 41. Ist der Beklagte erst nach Publication des schiedsrichterlichen Ausspruchs gestorben, so müssen dessen Erben sich dem Ausspruch unterwerfen, wenn gleich derselben

Ertheilung gestorben, so ist mit seinem Tode das Kompromiß erloschen, wenn es nicht mit auf die Erben gerichtet gewesen[84]). Ist statt der Befolgung des schiedsrichterlichen Ausspruchs eine Strafe verabredet worden, so kann zwar auf deren Bezahlung geklagt werden, wenn der Beklagte den Ausspruch zu befolgen sich weigert; sonst aber findet die Leistung des Interesse nur in subsidium Statt[85]).

§. 484.

Von der Aufhebung des Kompromisses.

Das Kompromiß erlöscht,

2) durch den Tod des Schiedsrichters, auch wenn von mehreren nur einer stirbt; es wäre denn, daß die mehreren Schiedsrichter blos alternative bestellet worden[86]). Ist auf ein gewisses Collegium compromittirt worden, so hört das Kompromiß nicht auf, wenn eins von den Mitgliedern desselben stirbt[87]). Eben dies gilt

im Kompromiß keine Erwähnung geschehen wäre. *L.* 37. *D. h. t.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromiss. §. 43. nr. 19.

84) Schmidt im angef. Commentar §. 754.

85) Schmidt §. 752. S. 273. u. folg.

86) *L.* 45. *D. h. t. Cap.* 42. *X. de offic. et potest. iud. deleg.* Durch den Tod des einen von mehreren bestellten Schiedsrichtern erlöscht auch dann das Kompromiß, wenn gleich bey desselben Tode die Sache schon völlig erörtert, und zum Spruch reif gewesen wäre. *Cap.* 50. *X. de testibus.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis. §. 42. NELLER Collect. cit. Sect. V. §. 6.

87) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41.

gilt auch, wenn bey der Bestellung des Schiedsrichters nicht auf das Subject, sondern blos auf das Amt und die Würde desselben, welche unter mehreren Individuen abwechselt, Rücksicht genommen worden ist [88]).

2) Durch den Tod eines der Kompromittenten, wenn der Erben keine Erwähnung geschehen ist [89]). Es muß nur

a) der Tod vor der Ertheilung des schiedsrichterlichen Ausspruchs erfolgt [90]),

b) auch nicht von beyden Seiten der Erben Erwähnung geschehen [91]), und

c) wenn auf der einen oder der andern Seite mehrere Streitgenossen vorhanden sind, der Gegenstand des Rechtsstreits eine untheilbare Sache seyn [92]).

88) LAUTERBACH cit. Diss. §. 42. nr. 8. sqq.

89) *L.* 27. §. 1. *L.* 32. §. 3. *D. h. t. Cap. ult. X. de arbitris.*

90) *Cap.* 10. *X. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 41.

91) Ist nur von Seiten des einen Theils der Erben Erwähnung geschehen, so erlöscht das Kompromiß durch den Tod eines der Kompromittenten so gut, als wenn der Erben gar keine Erwähnung geschehen wäre. *L.* 49. §. 2. *D. h. t.*

92) *L.* 25. §. 9. *D. Famil. erciſc.* Ist die Sache theilbar, so wird angenommen, daß so viel Kompromisse geschlossen worden, als Theilhaber vorhanden sind, stirbt also einer derselben, so wird nur dessen Kompromiß für erloschen gehalten, und es dauert also in Ansehung der Ueberlebenden fort. L. 29. *pr. D. de Verbor. obligat. L.* 3. *C communi divid.* S. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis § 43. nr. 6. et 7.

Hat ein Collegium in einer dasselbe betreffenden Rechtssache compromittirt, so erlöscht das Kompromiß nicht, wenn eins oder mehrere Mitglieder desselben sterben sollten[93]). Eben dieses gilt auch von dem Falle, wenn blos der Vorsteher oder Repräsentant eines Collegiums, z. E. der Prälat mit Einwilligung des Kapitels, oder ein Anwald in Sachen seines Principals, oder ein Vormund in Sachen seines Mündels oder Pflegbefohlnen compromittirt hätte, und ein solcher Kompromittent stirbt[94]).

3) Nach dem Ablaufe der im Kompromiß zur Entscheidung der Sache gesetzten Zeit[95]), welche jedoch nicht von dem Tage des geschlossenen Kompromisses, sondern der von dem erwählten Schiedsrichter geschehenen Annahme desselben an gerechnet wird[96]).

4) Durch die Einwilligung der Kompromittenten, wenn diese nämlich einig werden, die Sache entweder an den ordentlichen Richter oder an einen andern Schiedsrichter zu bringen[97]). Auch durch einseitige Reue, wenn der vom Kompromiß abgehende Theil die auf den Rücktritt gesetzte Conventionalstrafe bezahlt[98]).

5) Durch

93) LAUTERBACH Diss de arbitris compromiss. §. 43. nr. 8.

94) LAUTERBACH cit. Diss. §. 43. nr. 10. sqq.

95) *L. 21. §. 8. L. 32 §. 3 in fin. D. h. t. L. 1. Cod. eodem.*

96) Arg. *L. 3. §. 1. et L. 21. § 5. D. h. t.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 47. nr. 1. et in Colleg. Pandect. h. t. §. 43. nr. 7.

97) *L. 9 § fin. L. 11. pr. L. 32. §. 3. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 43. nr. 4.

98) *L 30. D. h. t.* HÜBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. nr. VI. LAUTERBACH h. t. §. 43. nr. 4. Zwar ist CARPZOV in Iurispr. for.

5) Durch Vergleich [99]).

6) Durch Concurs, in welchen einer von den Kompromittenten gerathen ist, und deßhalb geschehene Gütterabtretung [100]).

7) Durch den Untergang der Sache, wegen welcher das Kompromiß geschlossen worden ist, ausser in sofern deßhalb das Interesse gefordert werden kann [1]).

Ich bemerke nur noch, daß wenn durch Aufhebung des Kompromisses die Sache an den ordentlichen Richter gebracht wird, deßwegen nicht alles dasjenige für vergeblich zu halten ist, und daher wiederholet werden darf, was bereits vor dem Schiedsrichter ordnungsmäßig ist verhandelt worden. Ist daher z. B. der Beweis vor dem Schiedsrichter schon vollkommen geführt, oder sonst die Sache bis zum Spruch bereits gehörig instruirt worden, und sie kommt nun durch den Tod des Schiedsrichters oder eines der Kompromittenten an den ordentlichen Richter; so verliert jenes Verfahren von seiner Gültigkeit in foro ordinario nichts [2]), sondern die Sache wird hier nur vollends beendiget, wie Johann Wilhelm Hoffmann [3]) gegen die Widersprüche einiger Rechtsgelehrten bey Gelegenheit eines merkwürdigen Rechtsfalles gezeigt hat.

for. P. I. Constit. I. Definit. 16. und in Processu Tit. II. Art. 3. nr. 31. anderer Meinung. Allein LAUTERBACH in Diss. de arbitris compromiss. §. 45. nr. 3. sqq. hat diese Meinung widerlegt.

99) *L. 32. §. 5. D. h. t.*

100) *L. 17. pr. D. h. t.*

1) *L. 32. §. 5. D. h. t.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromiss. §. 46.

2) *L. 5. §. ult. Cod. h. t.*

3) Observation. quae ad usum fori spectant, Fascicul. (*Francof. ad Viadr.* 1736. 4.) Obs. 13.

Lib. IV. Tit. IX.

Nautae, caupones, ſtabularii, ut recepta reſtituant.

§. 485.

Grund der Verbindung dieſes Titels mit dem vorhergehenden. Welche heißen *Nautae, Caupones* und *Stabularii?*

So auffallend auch die Verbindung zwiſchen dieſem und dem vorhergehenden Titel iſt; ſo kann doch wenigſtens den Verfaſſern der Pandecten dabey nichts zur Laſt gelegt werden, da beyde Titel nicht nur in dem Edicto perpetuo, ſondern auch in den Commentaren der Röm. Juriſten über das Edict ſchon eben ſo auf einander folgten, wie Heineccius[4]) gezeigt hat. Urſprünglich liegt der Grund dieſer Verbindung wohl in der Bedeutung des Worts *recipere*, welches auch hier, ſo wie in dem vorhergehenden Titel, ſoviel heißt, als durch bloſen Vertrag, ohne Stipulation, verſprechen, daß man etwas thun wolle[5]). Dies iſt nun aber der Fall bey denen, welche die Schiffarth, oder Gaſtwirthſchaft als Gewerbe treiben. Denn dieſe verſprechen, wo nicht immer ausdrücklich, doch wenigſtens ſtillſchweigend, daß ſie für die Sachen der Reiſenden, die ſie aufnehmen, haften wollen. Recipiunt ſalvum fore, wie Ulpian[6]) ſagt.

Nau-

4) Opuſcul. poſtum de hiſtoria Edictor. Edictique perpetui, pag. 423. not. a. et pag. 427. not. a.

5) *Ant.* CONTIUS Diſputat. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 523.

6) *L. 1. §. 8. D. h. t.* Man vergleiche über dieſen Titel *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Tr. ſynopt. de nautis, cauponibus et ſtabulariis.

Nautae werden zwar in der allgemeinen Bedeutung alle und jede Schiffsleute genennt, welche ſich navis navigandae cauſa auf dem Schiffe befinden; allein hier werden unter dieſer Benennung nur diejenigen verſtanden, qui navem exercent [7]), d. i. welche den Transport fremder Sachen und Perſonen zu Waſſer mit einem Schiff oder Paketboot als ein Gewerbe treiben, und davon die Einkünfte ziehen, ſie mögen nun entweder Eigenthümer des Schiffes ſeyn, oder ein Schiff überhaupt zu dieſem Zweck auf beſtändig, oder auf eine beſtimmte Zeit, gemiethet haben [8]). *Nauta* heißt alſo hier ein Schiffsrheder oder Schiffspatron, und iſt von einem *magiſtro navis*, Schiffsmeiſter, zu unterſcheiden, welchem die Aufſicht des ganzen Schiffs von dem Rheder übertragen, und die Inſtruction ertheilt iſt, auf der Reiſe für alles zu ſorgen, was zur Schiffarth gehört, und dem Schiffsvolke die nöthigen Befehle zu geben [9]).

Caupones ſind Gaſtwirthe, welche einen Gaſthof halten, und darin Fremde für Geld aufnehmen und beherbergen [10]). Man unterſcheide davon die bloſen Schenkwirthe, ferner die Speiſewirthe oder Trai-

lariis. *Tub. 1676.* und *Er. Dan.* LIEBHABER Exercitat. I. et II. ad hunc Tit. *Hanoverae 1747.*

7) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

8) *L. 1. §. 15. D. de exercitor. act.* Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, ſive is dominus navis ſit, ſive a domino navem per averſionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum.

9) *L. 1. §. 1. D. eodem.* Magiſtrum navis accipere debemus, cui totius novis cura mandata eſt.

10) *L. 1. §. 5. D. h. t.*

Traiteurs, und die Billiardeurs, welche blos das Recht haben, Gäste mit Speise und Getränk zu bewirthen, nicht aber zu beherbergen. Diese gehören nicht hierher [11]).

Stabularii, Stallwirthe, sind diejenigen, deren Gewerbe darin besteht, daß sie die Pferde und das Vieh der Fremden für Geld in ihre Stallungen aufnehmen [12]).

Wer blos ein Schiff oder einen Gasthof dem Andern verpachtet, ist eben so wenig für einen nauta oder caupo zu halten, als derjenige, welcher ein Schiff blos zu seinen eigenen Bedürfnissen miethet, nicht aber um damit fremde Güter oder Personen für Geld zu transportiren [13]).

§. 486. u. 487.

Verbindlichkeit dieser Personen in Ansehung der aufgenommenen Sachen. Gründe des Prätors, diese Verbindlichkeit zu erweitern.

Schiffsrheder, Gastwirthe und Stallwirthe müssen nun für die Sachen der Fremden, die sie aufnehmen, haften, und zwar sind sie nach dem Edict des Prätors verbunden, allen an diesen Sachen entstehenden Schaden zu ersetzen, insofern sie nicht beweisen können, daß selbiger entweder durch die eigene Schuld der Reisenden, oder durch

11) MENCKEN Introd. in doctr. de action. for. Sect. II. Cap. II. Membr. XVIII. §. 4. und MADIHN ad *Eundem* not. 1081.

12) *L. 5. pr. D. h. t.* Stabularii sunt qui iumenta apud se stabulari permittunt. ERISSONIUS de Verbor. Signif. h. v.

13) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4009.

durch einen ganz unvermeidlichen Zufall verurſacht werden ſey[14]). Nach dem Röm. Civilrecht waren zwar nautae, caupones, und ſtabilarii in dem Umfange nicht verpflichtet, ſondern ſie konnten nur entweder mit der actione conducti, oder mit der actione depoſiti belangt werden, je nachdem die Aufnahme der Fremden und deren Sachen entweder mercede interveniente, oder gratis geſchehen war, und hafteten in dem erſten Falle nur für eine culpa levis, in dem letztern aber für eine culpa lata[15]). Allein der Prätor erweiterte dieſe Verbindlichkeit zum Vortheil und zur Sicherheit der Reiſenden dergeſtalt, daß es bey der Verantwortlichkeit der Schiffer, und Gaſtwirthe gar nicht mehr darauf ankommen ſoll, ob durch irgend ein Verſehen derſelben der Schade veranlaßt worden ſey. Nichts als erweisliche eigene Schuld der Reiſenden, oder ein damnum fatale (vis maior) d. i. ein ſolcher Zufall, der auch bey der gröſſeſten Sorgfalt und Aufmerkſamkeit nicht abgewendet werden konnte, ſoll ſie von der Verbindlichkeit zur Reſtitution der aufgenommenen Sachen befreyen[16]).

Die

14) *L. 1. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. D. eodem. L. 2. C. de naufrag. L.* 19. *D. de probat.* LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 37. et 38. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h t Qu. 2. Joh. Ludw. Schmids hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener practiſcher Rechtsmaterien 2. Band Nr. XCVI. §. 3. *de* WERNHER Obſervat. ſelect. ſor T. II. Part. VIII. Obſ. 322. und Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 43.

15) *L.* 3. §. *1. D. h. t.*

16) *L.* 3. §. *1. D. h. t.* Hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamſi ſine culpa eius res periit, vel damnum datum eſt; niſi ſi quid damno fatali contingit. Inde Labeo ſcribit, ſi

quid

Die Veranlassung zu dieser Verordnung des Prätors gaben, wie Ulpian[17]) bemerkt, die häufigen Betrügereyen solcher Leute, die bey den Römern von der Schiffarth, Gastwirthschaft und Stallwirthschaft Profession machten, und welche daher bey den Alten in schlechtem Credit standen[18]); es sind aber doch auch noch andere Gründe vorhanden, welche diese scheinbare Strenge des Prätors gegen die nautas, caupones und stabularios hinlänglich rechtfertigen[19]). Denn

1) sind Reisende genöthiget, sich und ihre Sachen solchen Leuten anzuvertrauen; man kann also auch billig von ihnen alle mögliche Treue und Sorgfalt fordern.

2) Erfordert es das Beste der Reisenden, daß ihnen so schnell, als möglich, geholfen, und selbige nicht in weitläuftige Processe verwickelt werden.

3) Können Gastwirthe selbst Entwendungen eher verhüten, als die Fremden, die sie aufnehmen.

4) Wollte

quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis maior contigerit. Ueber die Erklärung dieser Stelle sind zwar die Rechtsgelehrten nicht einig, ich werde jedoch hiervon beym §. 490. weiter handeln.

17) *L.* 1. §. 1. *in fin. D. h. t. L.* 3. §. 1. *D. eodem.*

18) HORATIUS Lib. I. Sat. 5. v. 3. et 4. MARTIALIS Lib. I. Epigram. 57. et Lib. III. Epigr. 57. PERIZONIUS Lib. IV. ad *Aelian.* cap. 1. nr. 1. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. IV. Tit. 5. §. 5. LIEBHABER cit. Exercitat. §. 8.

19) *L.* 1. §. 1. *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

4) Wollte man dem Paſſagier die Verbindlichkeit auflegen, daß er immer den Urheber ſeines Schadens ausfindig machen, oder, daß der Schade durch die Schuld des Wirths geſchehen ſey, beweiſen müßte; ſo würde es unredlichen Wirthen ein leichtes ſeyn, den Gaſt um das Seinige zu bringen.

Dieſe Gründe haben unſtreitig auch noch heutiges Tages ihr völliges Gewicht, wenn auch gleich unſere Wirthe in dem Rufe nicht ſtehen, wie die bey den Römern [20]). Daher läßt ſich der heutige Gebrauch des Römiſchen Rechts in Anſehung unſerer Gaſtwirthe und Schiffer um ſo weniger bezweifeln, da ſogar noch ein neuer Grund hinzutritt, nämlich der, daß in Teutſchland die Anlegung der Gaſthöfe, ſo wie die Ausrüſtung der Frachtſchiffe, nicht ohne Erlaubniß der Obrigkeit geſchehen darf, und daher zugleich die Obrigkeit ſelbſt den Reiſenden für die Sicherheit garantirt [21]). Es läßt ſich

20) S. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Recht §. 18.

21) *Frid. Eſ. a* PUFFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 150. §. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 1. 2. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1. *Frid. Gottl.* ZOLLER Exercitat. uſum actionis de recepto quoad mores hodiernos exhibens. Lipſiae 1775. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 1084. not. 3. Es iſt zwar nicht zu läugnen, daß an mehreren Orten das römiſche Recht in dieſer Lehre nicht angenommen ſey. Man ſehe HELLFELD Repertor. iur. privat. T. III. pag. 7694. und Fiſchers Lehrbegriff ſämmtl. Cameral- und Policeyrechte. 3. Band §. 611. Allein darum läßt ſich doch der heutige Gebrauch keinesweges ganz allgemein beſtreiten, wie SCHILTER Praxi iur. Rom. Exerc. XII. §. 25.

CAR-

sich aber auch mit Grund nicht behaupten, daß es unbillig sey, den Gastwirthen und Schiffsrhedern eine so strenge Verbindlichkeit aufzulegen, weil es, wie auch Ulpian[22]) selbst bemerkt, von ihrer freyen Entschliessung abhieng, ob sie dieses Gewerbe treiben wollten. Denn Niemand wird ja dazu gezwungen. Haben sie nun aber einmal ein solches Gewerbe ergriffen, so müssen sie sich auch der Natur der Sache nach alle diejenigen Beschwerlichkeiten gefallen lassen, welche die Gesetze damit verbunden haben. Es läßt sich daher das Rechtsverhältniß zwischen ihnen und den Gästen, die sie aufnehmen, richtiger mit unserm Verf. aus einem stillschweigenden Vertrage herleiten, wodurch sie sich, ipso facto receptionis, verbindlich machen, ihren Gästen diejenige vollkommene Sicherheit zu gewähren, welche diese mit Recht von ihnen erwarten; als wenn andere[23]) diese Ver-

CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionibus p. 295. *Io. Wilh.* RICHTER in Diss. ad h. Tit. de actione in factum ex quasi contractu receptionis moribus nostris non conveniente. *Lipsiae 1759.* und andere mehr thun.

22) *L. 1. §. 1. D. h. t.* Ne quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum: *nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.* Dies heißt hier nicht soviel, als ob ein Gastwirth Reisende nach Gefallen abweisen könnte. Nein, dies darf Niemand, der einmal öffentlicher Gastwirth ist, wenn er nicht gegründete und erhebliche Ursachen dazu hat. *L. un. §. 6. D. Furti adv. nautas caupones stabul.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 7. Sondern das Gesetz will nur soviel sagen, es werde Niemand gezwungen, Gastwirthschaft zu treiben, sondern hänge von eines Jeden Willkühr ab. VOET h. t. §. 4.

23) *Ant.* FABER Rational. ad L. 1. D. h. t. VOET ad Pand. h. t. §. 2. WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 319. *de* COC-

Verbindlichkeit zur Claſſe derjenigen rechnen wollen, welche quaſi ex contractu entſtehen. Man will es zwar für unbegreiflich halten, wie ſich der Gaſtwirth durch die Aufnahme der Fremden ſtillſchweigend verpflichten ſollte, auch für ſolche Beſchädigungen zu haften, die er eigentlich nicht verſchuldet hat, welche aber doch auch nicht durch einen unmöglich abzuwenden geweſenen Zufall verurſacht worden ſind. Allein haben die Geſetze einmal verordnet, daß ein jeder Gaſtwirth auch für ſolche Schäden ſtehen müſſe, ſo läßt ſich allerdings behaupten, daß der Wirth gleich bey der Errichtung der Gaſtwirthſchaft ſich ſtillſchweigend auch zu deren Uebernehmung verpflichte [24]).

§. 488.

Verbindlichkeit der Erben; ferner der Gaſtwirthe aus den Handlungen ihrer Leute.

Da alſo die Verbindlichkeit der Gaſtwirthe und Schiffer aus einem Vertrage herrührt, und überdem keine Strafe, ſondern blos die Reſtitution der aufgenommenen Sachen betrift, ſo geht ſie auch auf die Erben über [25]).

Es

COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. a. Allein mit Recht haben dieſe Meinung widerlegt *I. H.* BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 29. *Eric. Dan.* LIEBHABER cit. Exercit. I. ad h. Tit. §. 4. und beſonders Weber in der ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 27 S. 80. ff.

24) S. WERNHER ſelect. Obſervation. for. T. II. P. VIII. Obſ. 321. nr. 6. ſqq. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 144. und Höpfner im Commentar über die Heineccianiſchen Inſtitutionen §. 1084.

25) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15.

Es muß jedoch der Gastwirth nicht nur für diejenigen Sachen stehen, die er selbst aufgenommen hat, sondern er ist auch eben so gut für diejenigen verantwortlich, welche von seinen Leuten sind aufgenommen worden, insofern er nämlich dieselben zur Aufnahme und Bewirthung der Fremden bestellet hat[26]). Dahin gehören die sogenannten Keller, und gewöhnlich auch die Hausknechte, wenn gleich Carpzov[27]) durch Vermischung der Römischen mediastinorum[28]) mit unsern Hausknechten das Gegentheil behaupten will, dessen Irrthum aber schon Berger[29]) bemerkt hat. Haben andere Personen die Sachen der Fremden in Empfang genommen, welche zur Aufnehmung derselben nicht bestellet waren, so haftet der Gastwirth dafür nicht, wenn auch gleich die Aufnahme von den Kindern desselben selbst geschehen wäre[30]).

§. 489.

26) *L. 1. §. 2. et 5. D. h. t.*

27) Iurispr. for. P. II. Const. 26. Def. 11.

28) *Mediastini* wurden bey den Römern diejenigen Sklaven genennt, welche zu keinem gewissen Dienst bestimmt waren, sondern im Hause immer in Bereitschaft stehen mußten, um das auszurichten, was ihnen von dem Herrn befohlen wurde. BRISSONIUS de Verbor. Significat. h. v.

29) Oeconom. iur. Lib. III. Tit. VI. Th. 8. Not. 4. dem Carpzov stimmen indessen mehrere bey, als LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. STRUV Exercit. VIII. §. 110. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4032 Not. e. p. 468.

30) WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 321. in Supplem. p. 372. und *Abr.* KAESTNER Diss. de damno fatali in caupona contingente. (*Lipsiae* 1743.) §. 17.

§. 489.

Inwiefern befreyet die Proteſtation den Wirth von ſeiner Verbindlichkeit? Die Uebergebung des Stubenſchlüſſels enthält an ſich dergleichen nicht?

Hat der Wirth ausdrücklich proteſtirt, daß er für nichts ſtehe, und daher den Fremden, die bey ihm Quartier nehmen, angedeutet, daß ſie ihre Sachen ſelbſt in Acht nehmen müßten, ſo kommt es darauf an, ob dieſe Erklärung gleich Anfangs bey der Aufnahme geſchehen, oder erſt nach geſchehener Aufnahme erfolgt iſt. In dem erſten Falle iſt er von derjenigen ſtrengen Verbindlichkeit frey, die ihm ſonſt als Gaſtwirth obliegt, und er haftet alsdann nur für ein grobes oder mäßiges Verſehen, je nachdem die Aufnahme unentgeldlich, oder für ein Quartiergeld geſchehen iſt [31]). In dem letztern Falle hingegen kann die nachher erfolgte Proteſtation den Gaſtwirth von der durch das factum receptionis einmal geſetzlich begründeten Verbindlichkeit, den Gäſten für die aufgenommenen Sachen zu ſtehen, keinesweges befreyen, wenn auch letztere dieſer Erklärung des Wirths nicht widerſprochen, ſondern ihr Quartier bey ihm behalten hätten [32]).

Eben ſo gewiß iſt es auch, daß der Gaſtwirth dadurch, daß er dem Paſſagier bey der Aufnahme den Schlüſſel zu der demſelben eingegebenen Stube zugeſtellt hat, von ſeiner Verbindlichkeit, für die Sicherheit der aufgenommenen

31) *L. 7. pr. D. h. t.* KAESTNER cit. Diſſ. §. 21. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

32) LAUTERBACH Diſſ. de nautis cauponibus et ſtabulariis §. 48. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4033.

nen Sachen zu haften, sich nicht frey mache[33]). Denn diese Zustellung des Schlüssels giebt dem Reisenden, wenn er auch alle Vorsicht in Verschliessung der Stube anwendet, doch noch keine hinlängliche Sicherheit, weil die Stube demohngeachtet leicht durch einen Nachschlüssel, oder Dieterich geöfnet, und desselben Sache gestohlen werden kann[34]). Es kann auch mit Grund nicht behauptet werden, daß sich der Reisende durch die Annahme des Stubenschlüssels seines Sicherheitsrechts an dem Gastwirth stillschweigend begeben habe, weil der Stubenschlüssel gewöhnlich nur in der Absicht gegeben wird, damit der Passagier beym Ausgehen, und zur Nachtzeit, die Stube verschliessen könne, und zu deren Wiedereröfnung nicht allemal dem Gastwirth den Schlüssel abzufordern nöthig habe. Der Gastwirth bleibt also verbindlich, der Reisende mag den Stubenschlüssel mit oder ohne Protestation angenommen haben[35]).

§. 490.

Ein Gastwirth haftet auch für die Handlungen der aufgenommenen Passagiere. Nur nicht für unvermeidliche Zufälle.

Gastwirthe müssen nun also ihren Gästen für allen Schaden stehen, der an den Sachen geschieht, die sie mit sich

33) PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 150. §. 5. BERGER Oeconom iuris Lib. III. Tit. 6. Th. 8. Not. 10. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Band. Nr. XCVI. §. 2.

34) STRUV Evolution. controversiar. h. t. Exerc. VIII. Th. 117.

35) LAUTERBACH cit Diss. §. 45. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4033. lit. C. Schmidt a. a. O. Anderer Meinung ist jedoch VOET in Comment. h. t. §. 7.

ſich in das Wirthshaus bringen; der Schade mag von ihnen ſelbſt, oder von ihren Leuten, oder auch von andern Paſſagieren geſchehen ſeyn. Eben ſo die Schiffsheber. **Ulpian**[36]) läßt uns wenigſtens hieran nicht zweifeln, wenn er ſagt: Et puto, omnium eum recipere cuſtodiam, quae in navem illatae ſunt; et factum non ſolum nautarum praeſtare debere, ſed et vectorum; und **Gajus**[37]) fügt noch hinzu: ſicut et caupo viatorum. Nun ſcheint zwar dieſem entgegen zu ſeyn, wenn **Paulus**[38]) ſagt: In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi cauſa in caupona ſunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hoſpitio repentino recipitur, veluti viator. Ja **Ulpian**[39]) ſcheint ſich ſelbſt zu widerſprechen, wenn er ſagt: Caupo praeſtat factum eorum, qui in ea caupona, eius cauponae exercendae cauſa, ibi ſunt. Viatorum autem factum non praeſtat; namque viatorem ſibi eligere caupo vel ſtabularius non videtur, nec repellere poteſt iter agentes. Inhabitatores vero perpetuos ipſe quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praeſtare. In navi quoque vectorum factum non praeſtatur. Es läßt ſich jedoch dieſer anſcheinende Widerſpruch nach der Meinung der meiſten Rechtsgelehrten[40]) leicht

36) *L.* 1. §. *fin. D. h. t.*

37) *L.* 2. *D. h. t.*

38) *L.* 6. §. 3. *D. h. t.*

39) *L. un.* §. 6. *D. furti adverſus nautas.*

40) *Ant.* FABER Rational. ad L. 1. §. 8. et L. 6. §. 3. D. h. t. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. I. cap. 2. (in *Theſ. iur. Rom. Ottonian.* T. II. pag. 624. ſqq.) VOET in Commentar. ad

leicht dadurch heben, wenn man unterscheidet, ob blos auf Schadensersatz, oder ob quasi ex delicto gegen den Wirth auf den doppelten Werth der entwendeten oder beschädigten Sachen geklagt wird. In dem letztern Falle haftet er nur für die Schuld seiner Leute, nicht aber für die Fremden, die er aufgenommen hat; für diese hingegen ist er auch alsdann verantwortlich, wenn blos auf Schadensersatz geklagt wird. Man könnte zwar dagegen einwenden, daß der Grund, den Ulpian anführt, ganz allgemein sey, und dieser Vereinigungsart entgegen streite, wie auch Herr Prof. Wehrn[41]) wirklich erinnert hat, welcher daher einen andern Weg einschlägt, und nur dann den Gastwirth für schuldig hält, für die Handlungen der Passagiere zu haften, wenn er es bey der Aufnahme eines Gastes an derjenigen Vorsicht und Wachsamkeit hat mangeln lassen, die jedem ordentlichen Gastwirth schlechterdings obliegt. Allein mich dünkt, Ulpian hebe diesen Zweifel hinlänglich, wenn er sagt[42]): Hoc edicto *omnimodo*, qui recepit, tenetur, *etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est;* nisi si quid damno fatali contingit. Er giebt hierdurch deutlich genug zu verstehen, daß es bey der Verbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden für die Sachen zu stehen, die sie mit sich in den Gasthof gebracht haben, gar nicht darauf ankommen solle, ob durch irgend ein Versehen desselben

ad h. t. §. 2. et 3. BRUNNEMANN in Comment. ad L. 1. D. h. t. nr. 12. et ad L. un. D. furti adv. nautas. nr. 2. POTHIER in Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. VIII. not. b. u. a. m.

41) Doctrina iuris explicatr. principior et causarum damni praestandi §. 19.

42) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

ſelben der Schade veranlaßt worden ſey. Zwar will Herr Prof. **Wehrn**[43]) die Worte **Ulpians**: *etiamſi ſine culpa eius res periit*, blos von einer culpa levi in concreto verſtehen, und dahin erklären, daß der Gaſtwirth dadurch noch nicht von ſeiner Verbindlichkeit loskomme, wenn er beweißt, er habe diejenige Sorgfalt in Anſehung der aufgenommenen Sachen angewendet, welche er gewöhnlich bey Treibung ſeiner Gaſtwirthſchaft anzuwenden pflegt. Er meint daher, alles übrige, was der Gaſtwirth nicht culpa levi in abſtracto verſchuldet hätte, ſey nach dem Sinn des Röm. Rechts als ein damnum fatale anzuſehen. Allein mir iſt es unbegreiflich, wie **Ulpian** hier an eine culpam levem in concreto habe denken können, da ſchon die Verbindlichkeit, aus dem Miethcontract, die doch der Prätor durch ſein Edict zum Vortheil der Reiſenden erweitern wollte, die Präſtation einer culpae levis in abſtracto zur Folge hat, und überdem eine culpa levis in concreto nur immer Ausnahme von der Regel iſt[44]). Wie wenig es bey der Verantwortlichkeit der Gaſtwirth darauf ankommt, ob ſie ſelbſt durch irgend ein Verſehen den Schaden veranlaßt haben, iſt daraus offenbar, 1) weil ſie auch für Diebſtähle eben ſo, wie für eine jede andere Art der Beſchädigung ohne Unterſchied haften[45]), und weil 2) nichts als erweißliches damnum fatale ſie entſchuldigen ſoll[46]). Hier, unter wird nun aber nicht jeder Zufall verſtanden, den der

43) cit. loc. §. 18. pag. 153.

44) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 322. S. 336. folg.

45) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* LAUTERBACH cit. Diſſ. ad h. Tit. §. 40.

46) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

Gastwirth nicht verschuldet hat, sondern eine *vis maior*, wie Ulpian gleich nachher[47]) sagt, welcher Ausdruck eine solche Begebenheit bezeichnet, die man auf keine Weise abzuwenden, oder der man durchaus nicht zu widerstehen im Stande war[48]). Dahin gehört z. B. Einfall der Feinde, gewaltsamer Einbruch der Räuber, Ungewitter, Brand, der in des Nachbars Hause entstanden ist, u. dgl. Für solche Zufälle darf der Gastwirth nicht stehen, so wenig als der Schiffsrheder für unabwendbaren Schiffbruch oder für die Gewalt der Seeräuber[49]). Dahingegen befreyen solche casus fortuiti den Gastwirth von seiner Verbindlichkeit nicht, die jene physische Unmöglichkeit der Abwendung nicht mit sich führen, wenn er auch beweisen wollte, daß sie sich ohne seine Schuld ereignet haben. Dahin gehören nun solche Schäden, die durch Diebstahl von Leuten im Hause, oder durch Feuer, das in dem Gasthofe selbst ausgekommen ist, verursacht worden sind[50]). Hierdurch widerlegt sich nun auch

47) *L. cit.*

48) *L.* 52. §. 3 *D. pro socio. L.* 18. *pr. D. Commodati. L.* 25. § 6. *D. Locati. L.* 24. §. 4. *D. de damno infecto. L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et action. L* 6. *C. de pign. act.* Man sehe auch *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 8. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 495. sqq.) *Io. D'*AVEZAN Contractuum Lib I. cap. 23. (in *Thes. Meermann* Tom. IV. pag. 50.)

49) *L. cit.* 3. §. 1. *D. h. t.*

50) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 321. et Observ. 322. LAUTERBACH Tract. synopt. de nautis, cauponibus etc. §. 39. 40. et sqq. *Abr.* KAESTNER Diss. de damno fatali in caupona contingente §. 23—28. PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. §. 6. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 5. et 6.

auch zugleich die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [51]), welche die oben angeführte Stelle Ulpians ſo verſtanden wiſſen wollen, daß der Gaſtwirth für den Schaden ſtehen müſſe, wenn gleich die Sachen ohne eine culpa levis deſſelben zu Grunde gegangen wären; er ſey folglich zwar ob culpam leviſſimam verantwortlich, hingegen einen ſolchen Schaden, der in einem bloßen Unglücksfalle ſeinen Grund habe, brauche er nicht zu erſetzen. Eine Meinung, die auch ſchon Freyherr von Wernher [52]) hinlänglich widerlegt hat.

§. 491.

Eine beſondere Anzeige der in den Gaſthof gebrachten Sachen wird nicht erfordert.

Ein Gaſtwirth muß ſeinen Gäſten für alle Sachen ſtehen, die ſie mit ſich in den Gaſthof gebracht haben, auch wenn ſie ihm nicht namentlich angegeben und vorgezeigt worden ſind [53]). Er haftet alſo auch für die Sachen, welche der Paſſagier in ſeinem verſchloſſenen Coffre, oder Kiſte, oder Felleiſen hatte, wenn ihm etwas daraus in dem Gaſthofe entwendet worden iſt [54]). Nur muß freylich

51) TITIUS in iure privat. Rom. germ. Lib. X. cap. XIV. §. 8. ſqq. *Ge. Frid.* KRAUSII Diſſ. de actione de recepto caſum fortuitum non perſequente, ad explicat. L. 3. §. 1. D. Naut. caup. ſtab. *Vitembergae* 1750. und Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Theil (Leipzig 1793. 4.) Bemerk. 100.

52) Select. Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 321. nr. 6. ſqq.

53) *L.* 1. §. 8. *D. h. t.* WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 320.

54) Arg. *L.* 1. §. 41. *D. Depoſiti.*

der Gast beweisen, daß diejenigen Sachen wirklich in dem verschlossenen Coffre oder Kiste befindlich gewesen sind, deren Ersatz er verlangt[55]). Sollte durch diesen Beweis der Betrag des Schadens noch nicht vollkommen ausgemittelt seyn; z. B. die Zeugen sagen, der Kläger habe allerdings viel Silberzeug und Geld in dem Coffre gehabt, allein sie könnten die eigentliche Beschaffenheit und den wahren Werth dieser Sachen nicht bestimmt angeben; so wird der Kläger zum Erfüllungseide gelassen, wenn er ein ehrlicher und unbescholtener Mann ist, von dem sich ein Meineid nicht leicht besorgen läßt, und der auch nach seinem Stand und Gewerbe die Vermuthung für sich hat, daß er solche Sachen, als ihm angeblich weggekommen sind, bey sich geführt habe[56]). Ohne allen Beweis wird der Kläger nicht zum Eide gelassen. Denn dieser Eid ist hier kein anderer, als ein Erfüllungseid, welcher da, wo es an allem Beweise mangelt, nicht erkannt werden kann[57]). Hat der Reisende seinen verschlossenen Coffre oder Kasten dem Wirth selbst

55) *L. 2. D. de Probation.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 24.

56) *L. 1. §. 40. D. Depositi.* WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 323. von Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. 77. Nr. 2. §. 18. Ge. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Bd. VII. Bemerk. S. 79. f. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4031. lit. C.

57) S. *Christ. Lud.* CRELLII Observationes de iureiurando suppletorio, quod sine probatione decernitur. *Vitembergae* 1751. §. 2. (*Fascic. X. Dissertat. et Progr. Crellianor.* Nr. 84.) und Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit 1. Th. 30. Bemerk.

ſelbſt in Verwahrung gegeben, und er erhält ſolchen nachher eröffnet von dem Wirth zurück; ſo behauptet man in der Praxis, daß hier, ohne weitern Beweis, der Gaſt wegen deſſen, was in dem Coffre befindlich geweſen, auf ſein Verlangen zum Eide zu laſſen ſey, und den durch dieſen Eid bewieſenen Schaden müſſe ſodann der Wirth erſetzen [58]). Allein die Vermuthung, welche hier angenommen wird, nämlich, daß derjenige, welcher eine bey ihm hinterlegte Kiſte eröffnet zurückgiebt, da er ſie verſchloſſen erhielt, eines Betrugs ſchuldig ſey, iſt weder in den Geſetzen, noch in der Natur der Sache gegründet. Denn man muß im Zweifel jeden Menſchen für rechtſchaffen halten, bis das Gegentheil erwieſen iſt [59]); zumal da es ſehr wohl möglich iſt, daß die Kiſte von andern Leuten im Hauſe kann erbrochen worden ſeyn. Die an den Schlöſſern derſelben befindliche Verletzung kann alſo an ſich noch keine Vermuthung wider den Gaſtwirth begründen, daß er den Dolus begangen habe [60]). Nur in dem Falle halte ich jene Meinung der Practiker für theoretiſch richtig, wenn der Gaſt den Dolus

58) Man nennt dieſen Eid ein *iuramentum quaſi Zenonianum*. S. MENOCHIUS Arbitr. iud. Quaeſt. Lib. II. Cent. III. Caſ. 208. nr. 26. MASCARDUS de Probationib. Vol. II. Concluſio DCCCXXXIII. nr. 8 ſqq. MEVIUS Deciſion. T. II. P. IX. Deciſ. 55. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 8. LAUTERBACH in Tract. de nautis, cauponibus, etc. §. 51. und LEYSER Specim. LXVI. medit. 9.

59) *L. 18. § 1. D. de Probation.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet. Eben ſo *L. 6. Cod. de dolo malo.*

60) *de* COCCEJI iur. civ controv. Lib. XVI. Tit. 3. Qu. 5. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. h. (Tom. II. pag. 320.)

lus des Gastwirths wirklich beweisen, oder nur soviel darthun könnte, daß der Wirth einige Stücke aus der Kiste in seinen Nutzen verwendet habe. Hier würde er allerdings wegen der in derselben befindlich gewesenen Sachen mit seinem Eide zuzulassen seyn [61]). Ausserdem aber glaube ich nicht, daß der Eid die Stelle aller andern Beweismittel vertreten könne, sondern es muß der Gast auch in dem Falle, da der Wirth die ihm verschlossen übergebene Kiste eröffnet wieder zurückgiebt, vor allen Dingen mit Zeugen beweisen, was in der Kiste gewesen sey, wenn er will, daß ihm der Schade ersetzt werde [62]).

§. 492.

Bey welchen Personen findet die strenge Verbindlichkeit ex recepto nicht Statt.

Die strenge Verbindlichkeit ex recepto trift nun aber blos diejenigen, welche Profession davon machen, Reisende und deren Sachen aufzunehmen, und solche auch in dieser Qualität, als Gastwirthe, aufgenommen haben [63]). Sie findet also

1) bey denen nicht Statt, die von der Gastwirthschaft keine Profession machen, sondern vermöge einer besondern Uebereinkunft Fremde und deren Sachen in ihr Haus aufneh-

61) *L. 9. D. de in lit. iur. L. 1. §. 26. D. Depositi. L. 9. Cod. unde vi.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 1. §. 41. D. Depositi; und CRELL cit. Observat. de iuram. suppletorio. §. 2. pag. 14.

62) Mit mir stimmt ganz überein *Ios.* MASCARDUS de Probationibus Vol. II. Conclus. DCCCXXXIII. nr. 8. et 9. pag. 350.

63) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4032.

nehmen[64]). So z. B. logiren zur Meßzeit viele fremde Kaufleute in Privathäuſern zu Frankfurt und Leipzig. Hier tritt blos die obligatio ex locato oder ex depoſito ein.

2) Sie findet auch nicht gegen Gaſtwirthe in dem Falle Statt, wenn ſelbige Perſonen und Sachen nicht in der Qualität als Gaſtwirthe, ſondern, wie Ulpian ſagt[65]), extra negotium ſuum aufgenommen haben. Z. B. ein Gaſtwirth vermiethet zur Meßzeit einem fremden Kaufmann ſein Gewölbe oder ſeinen Laden, um darin ſeine Waaren feil zu haben; oder es zieht ein Student in einen Gaſthof zur Miethe ein; oder es leihet Jemand einem Gaſtwirth Sachen, oder er giebt ſie demſelben für eine Schuld zum Pfande. In allen dieſen Fällen haftet der Wirth für keine andere Culpa, als welche er nach der Natur des mit ihm geſchloſſenen Contracts zu vertreten ſchuldig iſt[66]).

Es entſteht hier noch die Frage, ob die Verbindlichkeit ex recepto auch dann noch fortdauere, wenn der Gaſt abreiſet, und dem Gaſtwirth bis zu ſeiner Zurückkunft Sachen in Verwahrung giebt? Hier ſuchen zwar die Gaſtwirthe insgemein zu behaupten, daß ſie als bloſe Depoſitare anzuſehen wären, und daher nur für einen Dolus, oder für eine culpa lata haften dürften, deren Beweis auch dem Kläger zuförderſt obliege. Allein der Gaſtwirth wird durch die von ihm ausdrücklich übernommene Verwahrung der Sachen

64) LAUTERBACH Tract. de nautis, caupon. etc. §. 23. und in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10.

65) *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

66) LAUTERBACH cit. Tractat. §. 24. und in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11.

Sachen des Fremden von der durch das factum receptionis einmal begründeten Verbindlichkeit, worin er ausserdem, in Ansehung der von dem Gast in den Gasthof gebrachten Sachen, sich befunden, keinesweges befreyet; indem vielmehr in Gemäßheit der L. 3. D. h. t. die Verbindlichkeit ex recepto zu der aus einem Contract vorhandenen Verbindlichkeit hinzutritt, und mit derselben besteht, wie Meister[67]) bey Gelegenheit eines merkwürdigen Rechtsfalles sehr gut gezeigt hat.

§. 493.

Ausdehnung der Verbindlichkeit ex recepto auf Postmeister und Landkutscher.

Obgleich die strenge Verbindlichkeit ex recepto in den Worten des Edicts ausdrücklich nur auf nautas, cauponeS, und stabularios eingeschränkt ist, so haben dennoch schon die Römischen Rechtsgelehrten kein Bedenken gefunden, solche wegen der Gleichheit des gesetzlichen Grundes auch auf andere Personen auszudehnen, deren in dem Edict keine ausdrückliche Erwähnung geschehen ist. Ein Beyspiel von einer solchen ausdehnenden Erklärung giebt Ulpian, wenn er sagt[68]): De exercitoribus ratium, item lintrariis nihil cavetur, sed idem constitui oportere, LABEO scribit; et hoc iure utimur. Man könnte zwar einwenden, das, was in dem Edict des Prätors nicht ausdrücklich gesagt ist, könne wenigstens nach dem juristischen Sprachgebrauch unter das Gesetz subsumirt werden, weil das

67) Practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. Band Bemerk. 7. S. 77. ff.

68) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

das Wort navis eine jede Art von Fahrzeug auf dem Waſſer bezeichne[69]), und alſo auch lintres, Kähne, und rates, Flöſſe[70]), unter ſich begreife. Es ſey alſo hier kein ächtes Beyſpiel einer ausdehnenden Erklärung nach dem Grunde des Geſetzes vorhanden. Allein wäre dieſes, ſo hätte wohl **Ulpian** nicht nöthig gehabt, um jene Erklärung zu begründen, auf **Labeo** und den Gerichtsgebrauch zu provociren[71]). Man ſieht es auch aus andern Stellen der Klaſſiker[72]), daß man navem, ratem und lintrem unterſchieden habe, und daß daher die lintrarii und ratium exercitores, oder, wie **Paulus** ſagt[73]), ratiarii, mit den nautis nicht einerley geweſen ſeyen.

Auf gleiche Weiſe erlaubt man ſich nun auch in der heutigen Praxis eine Ausdehnung des prätoriſchen Edicts de nautis auf unſere Poſtmeiſter und Landkutſcher, weil man dieſen Leuten das Seinige ſo gut anvertrauen müſſe, als den Schiffern, und die allgemeine Wohlfarth erfordere, daß diejenigen, welche etwas auf Poſten und Landkutſchen geben, deshalb völlig geſichert ſind[74]). Nun hat man

69) *L. 1. §. 6. D. de exercit. act.*

70) *L. 1. §. 14. D. de fluminib.* GELLIUS Noct. Atticar. Lib. X. cap. 25.

71) *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſp. de actione utili de recepto. Cap. II. §. 4 — 6. (in EIUS *Diſſertat. academic.* Vol. I. Nr. XVI.)

72) CICERO *pro Milon.* et *in Verrem.* FESTUS v. *Ratis.*

73) *L.* 30. *D. de pignerat. act.*

74) RICHTER P. III. Dec. CXLI. nr. 15. 16. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 25. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. med. 3. WERNHER ſel. Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 229. in Supplem. *Ern. Imm.* TENTZEL Diſſ. Magiſtros poſta-

man zwar manche nicht unerhebliche Gründe von Seiten der Theorie dagegen vorgebracht, weßhalb jenes Gesetz wegen seiner großen Strenge nicht so ausdehnend erklärt werden sollte, unter denen vorzüglich der Grund alle Aufmerksamkeit verdient, daß bey Postwägen und Landkutschen, welche ohne weitere Bedeckung oft zur Nachtzeit durch Wälder und andere beschwerliche und unsichere Wege passiren müssen, Entwendungen weit schwerer, als in den Gasthöfen und auf Schiffen, verhütet werden können, folglich die Lage der Postmeister und Landkutscher weit schlimmer, als die der nautarum und cauponum, seyn würde[75]). Inzwischen fehlt es der heutigen Praxis doch auch nicht an Rechtsgründen, welche jene ausdehnende Erklärung rechtfertigen[76]); und billig muß hier in Erwägung gezogen werden,

postarum teneri ex actione de recepto. *Erf.* 1715. *Christ. Ferd.* HARPPRECHT Diss. de officio magistri postarum tam in genere, quam in specie quoad restitutionem pecuniae aliusve rei ipsi concreditae sed amissae. *Tubingae* 1755. Cap. II. §. 5. sqq. Beust Versuch einer ausführlichen Erklärung des Postregals 2. Th. 7. Abschn. §. 6. Pütters auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 4. Th. Dec. CXLII. S. 990. ff.

75) *Ferd. Christ.* HARPPRECHT Diss. actio utilis de recepto utrum contra rhedarum meritoriarum exercitores, postarum magistros, et quoscunque aurigas, Postmeister, Landkutscher, und andere Fuhrleute, locum obtineat? (in EIUS *Dissertat. academic.* Vol I. Nr. XVII. pag. 564. sqq.) LAUTERBACH Tract. de nautis etc. §. 33. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4034.

76) S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. *). LEYSER Specim. LXVI. med. 3. *Er. Dan.* LIEBHABER in Exercit. II. ad h. Tit. §. 2. sqq. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Medit. 88.

werden, daß ohne eine uneingeſchränkte Sicherheit die Poſtanſtalt ſelbſt kein uneingeſchränktes Zutrauen gewinnen, und folglich nicht zur möglichſten Vollkommenheit und Einträglichkeit gelangen kann, wie Hr. Hofr. Runde[77]) ſehr gründlich bemerkt hat. Die Poſtämter erkennen ſich auch zur Leiſtung einer ſolchen uneingeſchränkten Sicherheit eben dadurch ſelbſt verpflichtet, daß ſie für Geldſummen, und andere Koſtbarkeiten, die auf die Poſt gegeben worden ſind, die Größe des Poſtgeldes nicht nach dem Gewicht, ſondern nach dem Werthe der Sachen anſetzen, und darüber auch eigene, auf eine gewiſſe Zeit gültige Empfang- und Verſicherungsſcheine ausſtellen. Es läßt ſich daher mit gutem Grunde behaupten, daß nach der Abſicht der Contrahenten die Poſtämter für jeden auch durch Raub und Diebſtahl verurſachten Schaden haften müſſen[78]). Wollte man die Verbindlichkeit der Poſtmeiſter und Landkutſcher in Anſehung der ihnen anvertrauten Sachen blos nach den Grundſätzen vom Miethcontract beurtheilen, ſo würde wegen

77) In den Grundſätzen des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 135.

78) Runde a. a. O. und Danz im Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 1. Band §. 135. Nr. III. S. 477. Sollten die Sachen durch einen andern ganz unabwendlichen Unglücksfall z. B. durch einen vom Blitz entſtandenen Brand zu Grunde gegangen ſeyn, ſo muß dieſen Schaden billig der Eigenthümer tragen. LEYSER Specim. LXVI. medit 5. *Lud. ab* HOERNINCK de regali Poſtarum iure Cap. IV. §. 18. Fiſcher im Lehrbegriff ſämmtlicher Cameral- und Policeyrechte 2. Band §. 663. Danz a. a. O. Not d. S. 478. und Joh. Lud. Schmidt hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. LXXI. §. 2.

gen des schweren und oft unmöglichen Beweises einer dem Postmeister oder dem Landkutscher beyzumessenden Schuld die Klage in den meisten Fällen vergeblich seyn[79]).

Wenn eine auf die Post gegebene Sache mehrere Stationen zu passiren hat, die von verschiedenen Postmeistern verwaltet werden, und sie geht verlohren; so haftet zwar dafür ein jeder dieser Postmeister, der den Empfang nicht läugnen kann. Es muß daher auch demjenigen, welcher den Verlust erlitten hat, der Regel nach freystehen, nach seiner Convenienz entweder denjenigen Postmeister in Anspruch zu nehmen, dem er die Sache unmittelbar zur Bestellung übergeben hat, oder denjenigen zu belangen, auf dessen Station die Sache verlohren gegangen ist[80]). Keinesweges aber kann sich der erste Postmeister, wenn er ex facto receptionis unmittelbar belangt wird, gegen die wider ihn angestellte Klage mit der Einrede schützen, daß nicht auf seiner Station der Schade sich ereignet habe, sondern die Sache richtig an die andere Station abgegeben worden sey, weil derselbe nach der Absicht der Contrahenten nicht blos für den richtigen Abgang, sondern auch für die richtige Ueberlieferung der Sache an Ort und Stelle, stehen muß, insofern ihm nicht deshalb die besondere Postordnung des Landes zu statten kommt[81]). Leyser[82]) will zwar dem in Anspruch

79) Schmidt a. a. O. §. 3. S. 237. f.

80) S. Christ. Frieb. Imm. Schorch neue Sammlung auserlesener Gutachten und Urtelssprüche der Erfurtischen Juristen Facultät. (Erfurt 1798.) Nr. III. S. 19. sqq.

81) Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Band Nr. LXXII. S. 238. ff.

82) Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 6.

ſpruch genommenen Poſtmeiſter die Einrede der Excuſſion geſtatten, wenn er beweiſen kann, daß der Schade nicht auf ſeiner, ſondern eines andern Poſtmeiſters Station geſchehen ſey, und glaubt, daß ſich der Beſchädigte an den letztern halten müſſe; und dieſer Meinung ſtimmt auch Hellfeld bey. Allein die L. 1. §. 43. D. depoſiti, worauf ſich Leyſer gründet, kann hier nicht zur Entſcheidung dienen, da ſie blos von dem Falle redet, wenn mehreren zugleich eine Sache in Verwahrung gegeben worden iſt, dahingegen derjenige, welcher eine Sache auf die Poſt giebt, nicht mit allen Poſtmeiſtern, durch deren Stationen die Sache paſſirt, ſondern nur unmittelbar mit demjenigen ſein Geſchäft hat, welchem er die Sache zur Beſtellung an den beſtimmten Ort eingehändiget hat. Dieſer iſt daher auch ex facto receptionis zunächſt verbunden, dafür zu ſtehen, daß ſie dahin richtig gebracht werde, und kann zwar, wenn die Sache auf einer andern Station verlohren gegangen iſt, wider den Poſtmeiſter derſelben ſeinen Regreß nehmen, keinesweges aber von dem Beſchädigten verlangen, daß dieſer ſelbſt ſich an den Schuldigen halten ſolle[83]). Nur in dem Falle, wenn ein mit der Poſt Reiſender Sachen mit ſich führt, welche dem Poſtamte gehörig angegeben, und daher mit in die Charte eingetragen worden ſind, iſt der Poſtmeiſter von ſeiner Verbindlichkeit, für deren Verluſt zu

83) Schmidt a. a. O. §. 2. Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bandes 4 Th. Deciſ. CXLII. nr. 14. Nach dem allgem. Geſetzbuche für die Preuß. Staaten 2. Th. 15. Tit. §. 190. u. 191. fällt jedoch die Vertretung des abſendenden Poſtamts weg, wenn ſich der Schade oder Verluſt auf einem auswärtigen Poſtamte zugetragen hat, und der Beſchädigte muß ſich alsdann an dieſes halten.

haften, frey, sobald die Sachen auf der andern Station richtig angekommen sind. Denn hierdurch endiget sich der mit dem ersten Postmeister eingegangene Vertrag, und der Passagier schließt nun mit dem Postmeister der andern Station einen neuen Vertrag [84]). In jedem Falle aber müssen Postmeister auch für die Handlungen und das geringste Versehen ihrer Postbedienten und Postillions stehen [85]). Ob aber nicht eine besondere Angabe dessen, was in verschlossenen Packeten und Kisten auf die Post gegeben worden, nöthig sey, wenn das Postamt für dessen Verlust haften soll? ist eine Frage, die nach gemeinen Rechten verneinet werden muß [86]), weil sich der Postmeister, der ein solches Paket oder Kiste ohne weitere Nachfrage annimmt, hierdurch stillschweigend verpflichtet, für alles, was darin befindlich ist, ohne Ausnahme zu haften; er hat es sich also billig selbst zuzuschreiben, daß er nun auch für die Sachen stehen muß, von denen er nichts wußte, weil es ihm freystund, sich darnach zu erkundigen [87]). Ein anders wäre aber freylich, wenn besondere Landesgesetze die Angabe dessen, was in dem Packet befindlich ist, dem Aufgeber zur

84) Schmidts hinterlassene Abhandlungen 2. Bd. Nr. LXXIII. §. 2. S. 242. f.

85) *Christ. Ferd.* HARPPRECHT Diss. de officio magistri postarum. Cap. II. §. 4. von Beust in dem Versuche einer ausführlichen Erklärung des Postregals 2. Th. 7. Abschn. §. 5. S. 1102. Schmidt a. a. O. §. 3. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Th. §. 135. Nr. II. S. 476.

86) *L. 1. §. 8. D. h. t. L. 1. §. 41. D. depositi.*

87) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LXVI. med. 7. SCHOEPF Consil. Tübingens. Vol. VIII. Consil. XC. nr. 58. und HARPPRECHT Diss. cit. de officio magistri postarum Cap. II. §. 10.

zur Pflicht machen ſollten, und nach Vorſchrift derſelben das Poſtamt nur ſoviel vertreten darf, als bey der Aufgabe auf die Poſt wirklich angegeben worden iſt[88]).

Auf bloſe Fuhrleute kann übrigens das Edict des Prätors nicht angewendet werden, wenn die ihnen zum Transport übergebenen Sachen weggekommen ſind[89]). Denn bey dieſen fällt der Grund des Geſetzes ganz weg. Solche Leute haften blos aus dem geſchloſſenen Miethcontract für einen ſolchen Schaden, den ſie durch ein grobes oder mäſſiges Verſehen veranlaßt haben[90]); wofern ſie nicht etwa den Transport ſolcher Sachen übernommen haben, welche eine ganz vorzügliche Aufmerk-

88) Ein Beyſpiel giebt die Vorſchrift in dem allgem. Geſetzbuche für die Preußiſchen Staaten 2. Th. 15. Tit. 4. Abſchn. §. 198. ff.

89) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. iſt zwar anderer Meinung; allein Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 71. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. e. haben ihn hinlänglich widerlegt. Man ſehe auch WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. I. §. 36.

90) WERNHER Select. Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 229. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. VI. §. 8. Not. 3. *Ferd. Chriſtoph* HARPPRECHT Diſp. de iure aurigarum circa contractus, et quae ad illorum ſecuritatem et indemnitatem ſpectant. Cap. II. §. 18. et Cap. III. §. 20. (in EIUS *Diſſertation. academicar.* Vol. I. Nr. XIII) Joh. Chriſt. Conr. Schäfers vermiſchte juriſt. Abhandlungen. 1. Band. S. 281. ff. Kleins Annalen 1. Band. Nr. 21. S. 78. ff. und Carl Georg von Zangen kurze Erörterung der Frage: was für eine Klage wider einen Fuhrmann Statt finde, welchem die zum Transport und Ablieferung bedungenen Sachen weggekommen? Gieſſen 1798. S. 33. ff.

samkeit und Vorsicht erfordern[91]). Es kommt auch bey der Beurtheilung der Culpa eines Fuhrmanns immer nur darauf an, wie Leute dieses Standes, nach ihren gewöhnlichen Einsichten und Meinungen, zu handeln pflegen; bey denen folglich eine Unterlassung desjenigen, was sie und ihre Vorfahren immer ohne Nachtheil unterlassen haben, wenn es auch ein anderer vorsichtiger Mensch nicht gethan haben würde, dennoch nie für eine culpa levis, sondern höchstens nur pro culpa leviſſima gehalten werden kann[92]).

§. 494.

Klagen wider die Gastwirth: u. d.

Die Klage, welche wider Gastwirthe, Schiffer, und andere dergleichen Personen, von welchem wir bisher gehandelt haben, wegen der aus dem facto receptionis entstehenden Verbindlichkeit, angestellet wird, ist die actio in factum de recepto[93]). Sie ist eine prätorische Personalklage, welche auf den Ersatz der von dem Beklagten oder von seinen Leuten aufgenommenen Sachen geht, wenn dieselben entwendet oder beschädiget worden

91) *L.* 25. §. 7. *D. Locati cond.* Schröter a. a. O. S. 283. Fischer im Lehrbegriff sämmtl. Cameral- und Policeyrechte. 2. Band §. 699. und von Zangen in der angef. kurzen Erörterung S. 37.

92) LEYSER Specim. CLIV. Corol. 3. mein Commentar im 4. Th. §. 322. S. 335. und von Zangen in der angef. Erörterung S. 40 ff.

93) *Car. Christ. Aug.* ULICH Diss. de indole actionis de recepto eiusdemque usu hodierno forensi. *Vitembergae* 1787.

den ſind; der Schade mag von dem Beklagten ſelbſt, oder von irgend einer andern, bekannten oder unbekannten, Perſon geſchehen ſeyn[94]), und wenn es auch des Klägers eigener Bedienter wäre, durch den er den Schaden erlitten hat, wenn ſich nur der Beklagte deſſelben zu ſeinem Dienſt bedient hätte[95]). Es kommt auch nichts darauf an, was es für Sachen ſind, auf deren Erſatz geklagt wird, ob ſie dem Kläger eigen gehören, oder ob es fremde Sachen ſind, wenn ihm nur an deren Erhaltung gelegen iſt, z. B. ſie ſind ihm verpfändet oder geliehen worden[96]). Wenn mehrere Gaſtwirthe oder Schiffer ihr Gewerbe gemeinſchaftlich treiben, ſo iſt es zweifelhaft, ob ſie in ſolidum haften, oder ob jeder nur auf ſeinen Antheil belangt werden könne. Das erſtere behauptet **Voet**[97]), für das letztere hingegen ſtreiten **Struv**[98]) und **Cocceji**[99]). Allein nach der Analo-

94) *L. 1. §. 8. L. 2. et L. 3. pr. et §. 1. D. h. t.*

95) *L. 6. §. 1. D. h. t.* Auſſer dieſem Falle haftet der Gaſtwirth für den Schaden nicht, den der Paſſagier durch ſeinen eigenen Bedienten erlitten hat. Arg. *L. 5. §. 13. D. Commod.* LAUTERBACH Diſſ. de nautis §. 42. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. k.

96) *L. 1. §. 7. D. h. t.* Item POMPONIUS *lib.* 34. ſcribit, parvi referre, res noſtras an alienas intulerimus, *ſi tamen noſtra interſit ſalvas eſſe:* etenim nobis magis, quam quorum ſunt, debent ſolvi; et ideo ſi pignori merces accepero, (ob pecuniam nauticam) mihi magis, quam debitori nauta tenebitur, ſi ante eas ſuscepit.

97) Commentar. ad h. tit. §. 2.

98) Evolution. controverſ. iur. civ. h. t. Th. 115.

99) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

gie ist ein Unterschied zu machen, ob diese mehreren Gastwirthe oder Schiffer das Gewerbe selbst treiben, oder ob sie demselben eine Person als magistrum navis oder institorem vorgesetzt haben. In dem erstern Falle haften sie nur pro rata, in dem letztern aber sind sie den Reisenden in solidum verbunden, welche mit der Person contrahirt haben, die der Gastwirthschaft oder dem Schiffsgewerbe vorgesetzt worden ist. Diese Meinung vertheidigen **Anton Faber**[100]), und **Peter Müller**[1]), und sie verdient allerdings den Vorzug. Denn die Gesetze machen diesen Unterschied, wenn von der Verbindlichkeit mehrerer Schiffsrheder überhaupt die Frage ist, welche in Compagnie ein Schiff ausgerüstet haben. So sagt **Ulpian**[2]): Si pluces *per se* navem exerceant, *pro proportionibus exercitionis* conveniuntur, neque enim invicem sui magistri videntur. Sed si plures exerceant, *unum autem de numero suo magistrum fecerint*, huius nomine in solidum poterunt conveniri. Von dem Falle, da die Mitrheder einen gemeinschaftlichen Schiffsmeister angestellet haben, ist auch **Ulpian**[3]) zu verstehen, wenn er sagt: Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum *in solidum* agi potest; es ergiebt sich dieses aus dem Grunde, den **Gajus**[4]) anführt: Ne in plures adversarios destringatur, qui *cum uno* contraxerit. Daß aber das nämliche auch in Absicht auf das Receptions-

ge-

100) Rational. ad L. 7. §. ult. D. h. t.

1) In notis ad STRUVII Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. §. 110. Not. *f.* pag. 510.

2) *L. 4. pr. et §. 1. D. de exercitor. actione.*

3) *L. 1. §. 24. D. de exercit. act*

4) *L. 2. D. eodem.*

geſchäft Statt finde, lehrt **Ulpian**, wenn er L. 7. §. 5. D. h. t. ſagt: Si plures navem exerceant, unusquisque *pro parte, qua navem exercet*, convenitur, welches unſtreitig, wie auch **Anton Faber** hierbey ganz richtig bemerkt hat, von dem Falle zu verſtehen iſt, da die mehreren Schiffsrheder das Gewerbe ſelbſt gemeinſchaftlich treiben. Nun redet zwar **Ulpian** in der L. 7. D. h. t. eigentlich von der actione in factum quaſi ex delicto ob damnum iniuria datum ab his, quorum opera exercitor navis utitur; allein da dieſe Entſcheidung doch den allgemeinen Grundſätzen gemäß iſt, ſo muß dieſelbe auch wohl ohne Zweifel bey der actione de recepto Statt finden. Daß dieſe Klage auch gegen die Erben gehe, und 30 Jahre dauere, leitet **Ulpian** [5]), mit Recht daraus her, weil ſie blos auf die Perſecution der Sache abzweckt. Der Kläger braucht übrigens hier weiter nichts, als die Illation der Sachen, und ſeinen erlittenen Verluſt zu beweiſen [6]). Iſt dieſer Beweis in Richtigkeit gebracht, ſo muß der Beklagte zum Erſatz des Schadens verurtheilt werden, inſofern er nicht beweiſen kann, daß derſelbe durch einen unabwendlichen Zufall, oder durch die eigene Schuld des Klägers veranlaßt worden ſey [7]). Denn das iſt wohl von ſelbſt klar, daß die ſtrenge Verbindlichkeit, welche das Geſetz dem Gaſtwirth

5) *L. 3. §. 4. D. h. t.* Haec autem rei perſecutionem continet, ut POMPONIUS ait; et ideo et in heredem, et perpetuo dabitur.

6) WERNHER Select. Obſervation. forenſ. Tom. II. P. VIII. Obſ. 323. pag. 373. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 4032. in fin. pag. 467.

7) WERNHER Obſervat. for. T. II. Part. VIII. Obſ. 322. HOFACKER Princip iur. civ. Tom. II. §. 4033. nr. I. et II.

auflegt, den Passagier nicht berechtige, wegen der unter seiner Verwahrung behaltenen Sachen ausser aller Sorgfalt zu seyn. Hätte daher z. B. der Passagier die Entwendung seiner Sache dadurch selbst veranlaßt, daß er beym Ausgehen seine Stube nicht verschloß, wozu ihm doch der Gastwirth den Stubenschlüssel zugestellet hatte, so kann er deshalb wohl nicht mit der actione de recepto wider den Gastwirth auf deren Erstattung klagen[8]). Hat der Gastwirth seiner Seits hinlänglich dargethan, daß die Sachen des Klägers durch einen unabwendbaren Zufall, z. B. durch einen in des Nachbars Hause entstandenen Brand zu Grunde gegangen seyen, der Passagier aber behauptet gleichwohl, der Wirth habe seiner Seits irgend etwas versehen, wodurch die Sachen noch hätten gerettet werden können, so muß er dieses freylich beweisen, wenn der Wirth zum Ersatz des Schadens verurtheilt werden soll[9]). Unrichtig aber ist es, wenn einige Rechtsgelehrte[10]) bey dieser Klage den Unterschied machen, ob der Zufall, wodurch der Schade entstanden ist, ein solcher sey, welcher gewöhnlich eine Fahrlässigkeit zum Grunde hat, wie z. B. Diebstahl, oder

8) Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. XCVI. §. 3.

9) *L.* 19. *D. de probat.* BACHOVIUS in Prot. Pand. ad L. 1. §. 5. D. h. t. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. §. 111. et MÜLLER ad *Eundem* not. i. pag. 512. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

10) BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. VI. Th. VIII. Not. 7. *Ge. Frid.* KRAUS Diss. de actione de recepto casum fortuitum non persequente. *Vitemb.* 1750. §. 7. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. Bemerk. 100. S. 356.

oder ob der Zufall von der Art nicht ſey, wie z. B. gewaltſamer Einbruch der Räuber, oder Einfall der Feinde u. dgl. und in dem erſten Falle den Gaſtwirth von ſeiner Verbindlichkeit freyſprechen, wenn er beweiſen kann, daß er auſſer aller Schuld ſey, in dem letztern Falle aber dem Gaſt den Beweis auflegen wollen, daß bey dem Zufalle dem Gaſtwirth irgend ein Verſehen beyzumeſſen ſey. Denn ſo gegründet auch dieſer Unterſchied wäre, wenn der Gaſtwirth weiter nichts, als eine culpam leviſſimam vertreten dürfte, ſo wenig kann er da zur Entſcheidung dienen, wo der Beklagte auch für den caſum fortuitum haften muß, inſofern keine phyſiſche Unmöglichkeit vorhanden war, ihn abzuwenden. Dies iſt nun aber gerade hier bey der actione de recepto der Fall. Es kann daher den Gaſtwirth nichts helfen, wenn er auch beweiſen wollte, daß der Diebſtahl ohne ſeine Schuld geſchehen ſey, weil Diebſtähle nicht zu den ſchlechterdings unvermeidlichen Zufällen gehören [11]), ein Gaſtwirth aber, wie Ulpian [12]) ſagt, auch für ſolche Zufälle ſtehen muß, die ohne ſeine eigene Schuld, z. B. blos durch die Schuld anderer Gäſte, geſchehen ſind [13]). Eben ſo irrig iſt es aber auch, wenn Andere [14]) behaupten, daß zwar nach dem

11) *L.* 52. §. 3. *D. Pro Socio. L.* 1. §. 1. *L.* 5. §. 1. *D. h. t. Guil.* PROUSTEAU Reeitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap. VIII. §. 16. (in *Theſ. Meermann.* T. III. pag. 496.)

12) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

13) *L.* 1. §. *fin. L.* 2. *L.* 3. *pr. D. h. t.* S. *Corn. van* BYNCKERSHOECK Obſervat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 3. §. Interea etc. pag. 290. (*edit. Heinecc.*) und beſonders *de* WERNHER Obſervat. for. Tom. II. Part. VIII. Obſ. 323.

14) *Ant.* FABER Rational. ad L. 3. §. 1. D. h. t. pag. 740. und *Gir.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. §. Expoſita. pag. 144.

dem strengen Rechte die actio de recepto Statt finde, wenn auch der Schade ohne des Gastwirths Schuld geschehen sey, diesem aber die Einrede dagegen zukomme, daß die Sachen des Klägers durch einen bloßen Zufall zu Grunde gegangen seyen, wenn er solchen zu beweisen vermöchte; und daß folglich der Gastwirth wegen dieser Exception nie ultra culpam leviſſimam verantwortlich sey. Denn wer sollte wohl im Ernst glauben, daß der Prätor die von ihm selbst eingeführte Klage durch eine solche Einrede selbst wieder habe unwirksam machen wollen? Daher auch **Cornelius van Bynkershöck** [15]) und **Georg Friedrich Kraus** [16]) diese Meinung mit Recht verwerfen.

Auſſer der actio de recepto, welche, wie bereits bemerkt worden, eine actio rei perſecutoria ist, giebt der Prätor auch noch eine Pönalklage wider den Gastwirth u. d. nämlich die actio in factum quaſi ex delicto, welche der Paſſagier gegen den Gastwirth in dem Falle anstellen kann, da der Schade oder der Diebstahl von desſelben Gesinde oder Hausleuten geschehen ist [17]). Diese Klage

15) Obſervat. iur. Rom. Lib. VIII. c. 3.

16) Diſſ. cit. de actione de recepto caſum fortuitum non perſequente. §. IV. pag. XI.

17) §. 3. *I. de obligat. quae quaſi ex delicto. L. 5. §. ult. D. de obligat. et action. L. 6. et L. 7. D. h. t. L. un. D. furti adverſ. nautas, caup. etc.* In der *L. 7. h. t.* wird blos von der actione in factum quaſi ex delicto *ob damnum iniuria datum* ab his, quorum opera caupo utitur, gehandelt; in der *L. un. cit.* aber ist von der actione in factum quaſi ex maleficio *ob furtum commiſſum* ab his, quorum opera cauponam exercet, die Rede. Beyde Klagen scheinen verschieden gewesen zu seyn. Denn

Klage geht auf den Erſatz des doppelten Werths der entwendeten oder beſchädigten Sache[18]), hat aber, da ſie eine Pönalklage iſt, nur gegen den Gaſtwirth ſelbſt, und nicht gegen die Erben deſſelben Statt[19]). Von der actione in recepto iſt ſie auch noch darin unterſchieden, daß ſie in dem Falle nicht angeſtellet werden kann, da der Schade durch andere Paſſagiere in dem Gaſthofe oder auf dem Schiffe geſchehen iſt[20]); wofern nicht etwa der Paſſagier ein ſolcher wäre, der dem Schiffer ſtatt des ihm ſchuldigen Lohns durch Rudern und dergleichen auf dem Schiffe Dienſte geleiſtet hätte. Solche Paſſagiere nannte man, wie Ulpian[21]) ſagt, ναυτεπιβατας,

Denn von der erſten handelte Ulpian im 18. von der andern im 38. Buch ad Edictum, wie die Ueberſchriften der angeführten Geſetzſtellen lehren. S. *Ger.* NOODT Obſervat. lib. II. cap. 9. in fin. et in Commentar. ad Dig. h. t. §. Satis etc. pag. 145. Beyde Klagen, welche Juſtinian mit Cajus cit. Legg. zuſammen gezogen hat, gehörten übrigens gar nicht zu dem Edict de nautis, von welchem dieſer handelt, ſondern durch daſſelbe iſt blos die actio in factum de recepto eingeführt worden, welche Ulpian lib. 14. ad Edictum erläutert hat. Daher dürfen die vom Tribonian dieſem Titel noch beygefügten *L.* 6. u. *L.* 7. welche von jenen Pönalklagen handeln, ja nicht in Beziehung auf das Edict de nautis erklärt werden, weil man ſonſt in unvermeidliche Widerſprüche gerathen würde, wofür auch ſchon *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 5. gewarnt hat.

18) *L.* 7. §. 1. *D. h. t. L. un.* §. 2. *D. Furti adv. nautas, caup. et ſtabul.*

19) *L.* 7. §. 6. *D. h. t.*

20) *L.* 6. §. 3. *D. h. t. L. un.* §. 6. *D. Furti adv. nautas, caup. etc.*

21) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.*

βατας, id est, remum pro naulo et vecturae pretio solventes, und für deren Handlungen war der Schiffer verantwortlich. Die Klage aus dem Quasidelict hat ferner auch dann nicht Statt, wenn der Schiffer oder Gastwirth den Passagieren gleich Anfangs bey ihrer Aufnahme erkläret hat, daß er ihnen für die eingebrachten Sachen nicht stehe, sondern daß sie ihre Sachen selbst in Acht nehmen müßten, und die Passagiere sich auch diese Protestation haben gefallen lassen[22]). Uebrigens wollen zwar mehrere Rechtsgelehrte[23]) behaupten, daß die actio in factum quasi ex delicto keine bloße Pönalklage, sondern eine actio rei et poenae persecutoria sey. Allein daß dieses nicht mit völliger Gewißheit behauptet werden könne, haben Cocceji[24]) und Berger[25]) gezeigt. Die weitere Untersuchung könnte nur insofern ein Interesse haben, als die Frage davon ist, ob diese Klage durch die actionem in factum de recepto aufgehoben werde, oder ob beyde zugleich neben einander Statt finden können. Letzteres würde allerdings zu bejahen seyn, wenn man annimmt, daß die actio in factum quasi ex delicto eine bloße Pönalklage ist, weil eine actio rei persecutoria und mere poenalis einander nicht aufheben[26]). Wäre hingegen die actio in factum quasi ex

22) *L. 7. pr. D. h. t.*

23) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* FABER Rational. ad L. 7. §. 1. D. h. t. FRANZKIUS in Commentar. ad Pand. h. t. nr. 8. *Iust.* MEIER in Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 21.

24) Iur. civ. controv. Lib. XLVII. Tit. 5. Qu. un.

25) Resolution. Legum obstant. pag. 825. und in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. XII. Th. 5. Not. 3.

26) Ulpian scheint zwar in der *L. 3. §. ult. D. h. t.* entgegen zu seyn, wenn er sagt: Noviſſime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione, et furti agendum sit?

ex delicto eine gemiſchte Klage, ſo würde ſie nach der Analogie des Römiſchen Rechts nur noch in Anſehung desjenigen Statt finden, was der Kläger durch die actionem de recepto noch nicht erhalten hat; ſie würde alſo, wenn derſelbe den ſimplen Schadenserſatz ſchon erhalten hat, nur noch darauf gerichtet werden können, was dieſelbe mehr, als die Perſecution der Sache, enthält [27]). Allein dieſes Intereſſe fällt bey uns weg, weil nach der Meinung der meiſten practiſchen Rechtsgelehrten [28]) die actio in factum quaſi ex delicto gegen die Gaſt-

ſit? et POMPONIUS dubitat. Sed magis eſt, ut vel officio judicis, vel doli exceptione, alterutra eſſe contentus debeat. Allein hier iſt blos von einem ſolchen Falle die Rede, wo beyde Klagen nicht gegen die nämliche Perſon Statt finden, ſondern die actio de recepto gegen den Gaſtwirth, die actio furti aber gegen den Dieb angeſtellet wird. Hier hebt freylich eine Klage die andere auf, wie auch CUJACIUS in Commentar. ad L. 130. D. de div. Regulis iur. in fin. *Pet.* FABER in Comm. ad eand. L. 130. de Reg. jur. pag. 551. *Ioſ.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libr. VI. ad L. 32. D. de obligat. et action. §. 33. pag. 615. und *Herm. a* VIANEN in Diſſ. de concurſu actionum Cap. III. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. IV. pag. 299.) ſchon bemerkt haben.

27) Arg *L. 7. §. 1. D. Commodati et L. 34. §. 2. D. de Obligat. et act.* S. a VIANEN cit. Diſſ. Cap. II. §. 6. (in OELRICHS *Theſ.* pag. 285. ſqq.) und meinen Commentar im 4. Th. §. 284. S. 24.

28) VOET ad Dig. h. t. §. 10. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. in fin. et Lib. XLVII. Tit. 5. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. Lib. XLVII. Tit. 5. in fin. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 10. und Höpfner im Commentar über die Inſtitu-

Gastwirthe auf das duplum heutiges Tages nicht mehr Statt findet.

Endlich ist noch zu bemerken, daß der Passagier auch gegen denjenigen selbst, der seine Sache beschädiget oder entwendet hat, die actionem furti, oder condictionem furtivam oder actionem legis Aquiliae anstellen könne; im welchem Falle alsdann keine weitere Klage gegen den Gastwirth Statt findet[29]). In sofern jedoch der Passagier zuerst gegen den Wirth geklagt, und von diesem seine Entschädigung erhalten hat, kann dieser mit Recht von ihm verlangen, daß er ihm seine Klage gegen denjenigen cedire, durch den der Schade geschehen ist[30]).

stitutionen §. 1086. Indessen fehlt es auch nicht an Rechtsgelehrten, welche den heutigen Gebrauch dieser Klage vertheidigen: z. B. STRYK in Us. mod. Pandectar. Lib. XLVII. Tit. V. §. 1. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 30. und Schmidt in dem pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1314.

29) *L. 6. §. 4. D. h. t. L. un. §. 3. D. Furti adv. naut. caup. et stabular. Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. II. cap. II. Sect. III. nr. 42. et Lib. III. cap. II. Sect. I. nr. 6. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 97. et pag. 149.)

30) *L. 6. §. ult. D. h. t. Io.* SUAREZ *de* MENDOZA cit. Commentar. Lib. II. cap. II. Sect. III. nr. 43—48.

Lib. V. Tit. I.

De iudiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat.

---

§. 495.

Verschiedene Bedeutungen des Worts *Iudicium.*

In den Protis Pandectarum war von denjenigen Handlungen des Processes die Rede, die nach der römischen Gerichtsordnung der Litiscontestation vorausgiengen. Dahin gehören die in ius vocatio, editio actionis, die verschiedenen Arten der Cautionsleistung, die Bestellung eines Sachwalters u. dergl. Alle diese Handlungen gehörten nach der römischen Proceßordnung zur Vorbereitung des Rechtsstreits, (ad litem ordinandam et praeparandam)[31]. Die eigentliche Verhandlung des Rechtsstreits aber, oder das, was man *Iudicium* nannte, nahm erst mit der Litiscontestation seinen Anfang. Daher nun de iudiciis.

Das Wort *Iudicium* hat verschiedene Bedeutungen[32]. Wir wollen nur vorzüglich diejenigen bemerken, welche in den Gesetzen dieses Titels vorkommen. In diesen wird es

1) über-

31) Meine Opuscula iurid. Fasc. II. pag. 369.

32) Hiervon handeln besonders VULTEIUS de iudiciis Lib. I. cap. 1. und *Phil.* VICAT in Vocabulario iuris sub. v. *Iudicium.*

1) überhaupt für Proceß genommen, in sofern man darunter die ganze Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits von der in ius vocatione an, bis zur Execution der Sentenz, und also auch dasjenige verstand, was bey dem Prätor auch noch vor der Litiscontestation geschahe[33]). Hierher gehören die Redensarten: *ad iudicium provocare*, d. i. einen Rechtsstreit anhängig machen[34]); *iudicium non potest consistere inter patremfamilias et eum, quem in potestate habet*[35]); d. i. zwischen diesen Personen kann kein Proceß Statt finden. Ferner: *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*[36]); wo der Proceß ist anhängig gemacht worden, da muß er auch beendiget werden[37]). Da sich kein Civilproceß ohne eine Klage denken läßt, so wird auch

2) die

53) HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. XVI. §. 5. und *Ant. Henr. van* HEES Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant. (*Lugd. Batav.* 1747.) Cap. II. §. 11. et §. 34. (in Dan. FELLENBERGII *Iurisprud. Antiqua* Tom. I.)

34) *L. 13. et L. 14. D. h. t.*

35) *L. 11. D. h. t. L. 7. Cod. eodem.*

36) *L. 30. D. h. t.*

37) Noch sind hier folgende Gesetzstellen zu bemerken, in welchen das Wort *iudicium* soviel als Proceß bedeutet. *L. 60. D. de condict. indeb. L. 45. D. Mandati. L. 14. D. de interrogat. in iure. L. 18. in fin. D. de vi et vi arm. L. 9. D. de lib. cauf.* Das Wort *Proceſſus* kommt in dem römischen Rechte nirgends in der Bedeutung vor, in welcher dasselbe heut zu Tage genommen wird, sondern stammt aus dem kanonischen Rechte her, *Clem. 2. de Verbor. Significat.* und ist besonders durch die Glossatoren zu einem Kunstwort gestempelt wor-

2) die Klage sehr oft *iudicium* genennt. So z. B. sagt Ulpian[38]: Si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit, et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum *utili iudicio agere*. Besonders ist dem Prätor in seinem Edict die Formel eigen: *iudicium dabo* für actionem dabo[39]), und nicht minder bekannt das *iudicium familiae erciscundae*, *iudicium communi dividundo*, etc.

3) Zeigt das Wort *iudicium* den Theil eines Rechtsstreits an, der mit der Litiscontestation seinen Anfang nimmt. So sagt man von dem Beklagten: *iudicium accipit* oder *suscipit*, wenn er litem contestirt[40]) War lis noch nicht contestirt, sondern die Klage nur erst dem Beklagten edirt worden, so sagte man blos: *controversia est mota*[41]); allein nach geschehener Litiscontestation hieß es: *res in iudicium deducta est*[42]), und die Sache wurde nun vom Prätor an einen iudex pedaneus verwiesen, welcher zugleich eine Instruction (formulam iudicii) erhielt, wornach er sprechen mußte[43]). Daher bezeichnet das Wort *iudicium* insonderheit auch

worden. S. *Io. Ad. Theoph.* KIND Diss. de fontibus iuris iudiciarii civilis. quod per Germaniam obtinet. *Lipsiae* 1785. §. 1. pag. 4.

38) *L. 18. §. 1. D. h. t. L. 36. §. 1. D. eodem.*

39) *L. 3. pr. D. de negot. gest. L. 1. §. 1. D. de dolo malo. L. 1. pr. D. Nautae, caup.*

40) *L. 3. L. 23. L. 25. L. 28 §. 2. D. h. t. L. 34. D. eodem. L. 16. D. de Procurat.*

41) *L. 25. §. 7. D. de heredit. petit.*

42) *L. 31. D. h. t. L. un. Cod. de lit. contest. L. 1. C. de iudic.*

43) Meine Opuscula Fasc. II. pag. 370. Not. 77.

4) diejenige Cognition des Rechtsstreits, welche vor den iudicem pedaneum gehörte, und was überhaupt nach der litisconteſtation vor demſelben verhandelt wurde. Unterzog ſich der iudex dieſer Cognition, ſo hieß dies *operam dat iudicio*[44]); oder *ſuscipit iudicium, agnoſcit iudicium*[45]); und wenn ſich ſein Amt endigte, ſo ſagte man: *ſolvitur iudicium*[46]).

5) Heißt *iudicium* der Ort, wo von den dazu authoriſirten Perſonen Recht geſprochen wird, und wo inſonderheit Jemand, wenn er belangt wird, zu erſcheinen, und Recht zu geben ſchuldig iſt, was man *forum*, den Gerichtsſtand nennt. Für Gericht wird es in den Formeln genommen; *adverſarium ſuum in iudicium vocare*[47]), *in iudicio ſiſti, ad iudicium venire*[48]); obgleich der Ort, wo der Prätor Recht ſprach, inſonderheit *ius* genennt wurde[49]), daher die Formel: *in iure* d. i. apud Praetorem vel alium magiſtratum Populi Romani[50]). Für Gerichtsſtand wird es genommen, wenn es in den Geſetzen dieſes Titels heißt: *cogitur quis in aliquo loco iudicium pati*[51]). Endlich bedeutet das Wort *iudicium* auch

6) das

44) *L.* 18. *D. h. t.*

45) *L.* 13. §. 3. *D. de vacat. et excuſat. muner.*

46) *L.* 58. *D. h. t.*

47) *L.* 79. *D. h. t.*

48) *L.* 2. §. 6. *D. h. t.* *L.* 3. *D. De eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio ſiſtat.*

49) *L.* 11. *D. de luſt. et iure.*

50) *L.* 4. §. 1. *D. de Interrogat. in iure.*

51) *L.* 8. *L.* 22. *L.* 24. *D. h. t.*

6) das Vermögen der Seele, sich richtige Begriffe zu bilden, was man Verstand oder Vernunft nennt. So z. B. sagt Paulus[52]): Iudices dari non possunt, qui natura impediuntur, ut surdus, mutus, perpetuo furiosus et impubes, *quia iudicio carent.*

§. 496. u. 497.

Was heißt Proceß? Unterschied zwischen wesentlichen Bestandtheilen und Förmlichkeiten des Processes.

Proceß im weitläuftigen Sinne[53]) ist die gesetzmäßige Verhandlung einer streitigen Rechtssache vor dem zuständigen Richter zu dem Zweck, daß dieselbe entschieden und beendiget werde. Im eigentlichen und engern Sinne aber versteht man unter Proceß die rechtmäßige Art und Weise, wie streitige Rechtssachen sowohl unter den Partheyen vor Gericht zu verhandeln, als auch von dem Richter zu untersuchen und zu entscheiden sind[54]). Zuweilen wird das Wort Proceß auch in der Bedeutung genommen, daß es die von dem Richter geschehene Annehmung einer Klage oder Appellation, und darauf erlassene Verordnung desselben an den Beklagten oder Appellaten bedeutet, daß nämlich derselbe sich vor diesem Richter einlassen, und die Sache mit seinem Gegner ausmachen solle. In dieser Bedeutung sagt man von dem Richter,

52) *L. 12. §. 2. D. h. t.*

53) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. can. §. 659. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4165. Hufeland Institutionen des gesammten positiven Rechts. §. 1202.

54) *Inst. Henn.* BOEHMER Ius ecclesiast. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. I. §. 1.

er habe Processe erkannt, von dem Kläger oder Appellanten aber, er habe Processe extrahirt, oder erhalten[55]).

Bey dem Proceß müssen die wesentlichen Bestandtheile desselben (essentialia s. substantialia processus) von den Förmlichkeiten oder Feyerlichkeiten desselben (formalia s. solemnia processus) unterschieden werden.

Wesentliche Bestandtheile des Processes werden diejenigen genennt, welche der wesentliche Zweck des Processes, nämlich die Entscheidung der streitigen Rechtssache nothwendig erfordert. Zu diesen rechnet man die Klage, die Antwort des Beklagten, den Beweis, und das Urteil des Richters[56]). Unsere practische Rechtsgelehrten pflegen diese wesentliche Stücke eines gerichtlichen Verfahrens so auszudrücken:

Wo kein Kläger, da ist kein Richter.

Niemand ist unverhörter Sache zu verurtheilen.

Einem

55) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 4. Th. §. 8. S. 24.

56) *Io. Gottfr.* SCHAUMBURG Princip. praxeos iurid. iudiciar. Cap. I. gener. §. 1. Ludovici Einleitnng zum Civil-Proceß. Kap. VII. §. 2. Andere fügen noch hinzu die Vorladung des Beklagten, und die Vollstreckung des Urteils. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 58. not. a. Allein jene wird bey der Antwort des Beklagten ohnhin vorausgesetzt, und letztere ist ja nicht in jedem Falle nöthig.

Einem bloſen Angeben iſt ohne Beweis nicht zu trauen, und

ohne richterliches Urteil bleibt der Proceß unentſchieden, und das gerichtliche Verfahren iſt zwecklos.

Wird eines dieſer weſentlichen Stücke vernachläßiget, ſo iſt der Proceß tumultuariſch, und das ganze Verfahren nichtig [57]).

Förmlichkeiten oder Feyerlichkeiten des Proceſſes ſind hingegen diejenigen Theile des Proceſſes, welche in dem Zweck deſſelben nicht weſentlich gegründet ſind, ſondern nur als Norm eines regelmäſigern Ganges, oder zur Bewirkung einer deſto genauern Erörterung der Sache in den Geſetzen vorgeſchrieben, oder durch den Gerichtsgebrauch eingeführt ſind [58]). Dahin gehört z. B. daß die Klage ſchriftlich übergeben werden muß, ferner daß die Litiscontestation auf alle zur Klage gehörigen Thatumſtände zu richten iſt, desgleichen daß der Beweis in dem beſtimmten Termin und durch Beweisartikel angetreten werden muß, daß ein Zeugen Rotulus verfertiget wird, daß die Eröfnung des Urteils vor Gericht in beyder Theile Gegenwart geſchieht, und die Partheyen dazu vorgeladen werden müſſen, u. dgl.

57) BOEHMER Ius. Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. I. §. 4. Claproths Einleitung in die ſämmtl. ſummariſchen Proceſſe. §. 1. S. 2.

58) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canonici §. 660. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4170.

Diese Förmlichkeiten müssen zwar der Regel nach beobachtet werden, sie werden aber doch eben darum, weil sie nicht zu dem Wesentlichen eines gerichtlichen Verfahrens gehören, nicht in jedem Falle erfordert, und die Vernachläßigung derselben zieht daher nur zuweilen die Nullität nach sich.

§. 498.

Verschiedene Arten und Eintheilungen des Processes.

Der Proceß kann auf verschiedene Art eingetheilt werden.

I) Sieht man auf die Art des gerichtlichen Verfahrens, so war

A) nach dem Römischen Rechte der Proceß von zweyerley Art:

a) *iudicium ordinarium*, wenn der Prätor, oder diejenige Magistratsperson, welcher die Jurisdiction zustand, nicht selbst sprach, sondern nur das verfügte, was zur Einleitung des Processes gehörte, und übrigens den Partheyen einen iudicem pedaneum gab, welcher nach einer gewissen Instruction (ex formula praescripta) die zur Entscheidung der Sache gehörigen Thatumstände untersuchen, und nach deren Befinden erkennen mußte [59]).

b) *Extraordinarium*, wenn der Prätor oder Präses u. dgl. ohne einen iudicem pedaneum zu bestellen, die Sache selbst untersuchte, und einen Rechtsspruch ertheilte. Dies geschahe, wo es auf eine bloße Rechtsfrage ankam, oder wenn die Sache keinen Verzug litte, oder dieselbe in den

59) *L. 8. et L. 9. D. de officio praesid.*

den Gesetzen besonders begünstiget war, wie z. B. die Sachen der Minderjährigen, ferner die Honorarien Forderungen der Professoren, oder wenn die Sache zu intricat zu seyn schien, um sie einem iudici pedaneo zu überlassen [60]). In dem neuern Röm. Rechte hat jedoch dieser Unterschied aufgehört, und das, was sonst cognitionis extraordinariae war, ist nun ordinarii iuris geworden [61]).

B) Nach dem heutigen Rechte ist der Proceß entweder ein gesetzlicher (processus legalis s. regularis) oder ein willkührlicher (proc. arbitrarius s. irregularis) oder ein bedungener (proc. conventionalis), je nachdem die Verfahrungsart bey demselben entweder durch die Gesetze ausdrücklich bestimmt, oder dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen, oder durch eine Uebereinkunft der streitenden Theile festgesetzt worden ist. Ein willkührlicher Proceß findet zuweilen bey Commissionen Statt, bey welchen öfters die Art des Verfahrens dem billigen Ermessen des Richters überlassen wird, wenn dem Committenten daran liegt, daß die Sache so kurz, als möglich, abgethan werde [62]). Auch ist dem

60) S. *Tit. Dig. de extraordinar. cognitionibus. Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. V. num. 7. sqq. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. p. 227.) *Ge. Christ.* GEBAUER Commentat. de iurisdictione secundum doctrinam Romanor. Cap. I. §. 11. und meine Opuscula iuridica Tom. II. pag. 396. sqq. u. Tom. IV. pag. 76. sq.

61) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4168.

62) *Clem. 2. de Verb. Signif. Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. I. §. 12.

Richter bey den so genannten actionibus arbitrariis, bey denen die Bestimmung dessen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten schuldig ist, seiner Willkühr überlassen werden muß, manche Abweichung von der regulären Proceßart erlaubt[63]). Es dürfen jedoch die wesentlichen Bestandtheile des Processes auch hier nicht vernachlässiget werden, weil sonst der Proceß tumultuarisch, und das Verfahren nichtig ist[64]). Bey dem processu conventionali hängt zwar alles von der Verabredung der Partheyen ab, welche der Richter, sofern sie nicht zu seinem, oder eines Dritten Nachtheil gereicht, genau beobachten muß[65]). Soweit indessen jene keine Entscheidung an die Hand giebt, treten die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften in Ansehung der Verfahrungsart auch hier ein[66]). Zuweilen kann der Vertrag der Partheyen nur einzelne Stücke des Processes betreffen, z. B. daß keine Fatalien, oder keine Rechtsmittel gegen das ausgesprochene Urteil des Richters Statt finden sollen[67]). Hier bleibt es in allen übrigen Stücken bey den Regeln des gemeinen Processes[68]).

Der

63) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 102.

64) SCHAUMBURG Princ. prax. iurid. iudiciar. Cap. I. §. 9. Not. *).

65) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 55. Not. a. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4174.

66) SCHAUMBURG Princip. prax. iud. Cap. I. §. 16. pag. 23.

67) *L. fin. §. ult. Cod. de tempor. et reparat. appellation.*

68) *Henr.* HILDEBRAND Disp. de processu conventionali. *Altorfii.* rec. 1756.

Der gesetzliche Proceß ist wieder von zweyerley Art,

1) der ordentliche oder feyerliche Proceß, (processus ordinarius s. solemnis) wenn bey der gerichtlichen Verhandlung einer streitigen Rechtssache nicht nur die wesentlichen Bestandtheile eines jeden gerichtlichen Verfahrens, sondern auch die in den Gesetzen vorgeschriebenen oder durch den Gerichtsgebrauch eingeführten Förmlichkeiten von Anfang bis zu Ende bey Vermeidung der Nichtigkeit beobachtet werden müssen.

2) Der ausserordentliche oder summarische Proceß, (processus extraordinarius, summarius, s. minus solemnis), bey welchem, mit Beiseitsetzung der sonst gewöhnlichen Förmlichkeiten, nur hauptsächlich die wesentlichen Stücke eines gerichtlichen Verfahrens beobachtet werden. Dieser ist immer nur als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten. Denn in der Regel muß jeder Rechtsstreit solange mit aller processualischen Förmlichkeit verhandelt werden, bis eine Ausnahme gehörig erwiesen wird [69]).

Die Eigenschaften der summarischen Processart bestehen vorzüglich darin [70]):

1) es

69) *l. H.* BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 1. §. 2. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Cap. I. §. 10. not *). *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

70) Man sehe BOEHMER Ius eccles. Protestant c. l. §. 3. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. Cap. 1. §. 2. sqq. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 4. Th. 2. Tit. §. 14. ff. und besonders Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe 1. Abschn. §. 5.

1) es wird kein förmliches Klageschreiben erfordert, sondern ein mündliches Anbringen des Klägers zum Protocoll ist hinlänglich.

2) Die Vorladungen geschehen hier ebenfalls mündlich, wo nicht der Stand des Vorzuladenden eine schriftliche Citation erfordert.

3) Der Richter ist an die ordentlichen Fristen nicht gebunden; die Termine sind daher hier kürzer, und Fristverlängerungen werden nicht leicht verstattet.

4) Alle verzögerliche Einreden, welche nicht das Wesen des Rechtsstreits betreffen, werden verworffen; auch finden keine peremtorischen Einreden Statt, die auf einer weitaussehenden Erörterung beruhen.

5) An die Stelle eines förmlichen Beweises tritt hier eine blose Bescheinigung, und diese ist an die gesetzliche Nothfrist nicht gebunden; auch sind hier keine Fragestücke unumgänglich nöthig.

6) Das Urteil wird ohne die sonst gewöhnliche Feyerlichkeit eröfnet [71]).

Es giebt jedoch Fälle, wo der summarische Proceß einen eigenen Namen, und einen festgesetzten Gang hat. Man theilt daher den summarischen Proceß ein in den bestimmten und unbestimmten [72]).

a) Der

71) Eine Hauptstelle über die Natur des summarischen Processes ist die *Clement. 2. de Verbor. Significat.* welche hier nachgesehen zu werden verdient.

72) Claproth a. a. O. §. 3. u. 4. und Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 59. und Desselben Grundsätze der summarischen Processe §. 2. ff.

a) Der bestimmte summarische Proceß wird derjenige genennt, welcher einen bestimmten Namen, und einen festgesetzten Lauf hat. Zu dieser Gattung des summarischen Processes gehören,

1) der possessorische Proceß, insofern es entweder auf die Erlangung eines noch nie gehabten, oder auf die Wiedereinsetzung in den verlohrnen, oder auf die Beybehaltung des gegenwärtigen Besitzes ankommt.

2) Der Mandatsproceß,

3) der Executivproceß,

4) der Wechselproceß,

5) der Arrestproceß,

6) der Concursproceß,

7) der Provocationsproceß,

8) der Kriegsproceß, und

9) der Consistorialproceß.

b) Der unbestimmte summarische Proceß, welcher weder einen eigenen Namen noch festgesetzten Gang hat, sondern wo die Gesetze bey der Verhandlung der streitigen Sache das meiste dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen haben. Der Grund eines solchen summarischen Verfahrens ist verschieden[73]). Er kann

1) in

73) Sehr ausführlich handeln hiervon *Io. Andr.* FROMMANN in Diss. de differentiis actionum ordinariarum et summariarum. *Tübingae* 1684. §. 23—50. Danz in den Grundsätzen der summarischen Processe §. 4. Claproth Einleit. in die sämmtl. summarischen Processe §. 4. Estors Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses 4. Th. 2. Tit. §. 41. ff. u. Tit. 3. Ebendesselben Anweisung zum summarischen Proceß. Hauptstück 3. §. 31. ff.

1) in einer besondern Verordnung der Gesetze beruhen. Vermöge derselben werden

α) alle blos vorbereitende Streitpuncte, desgleichen alle vorläufig oder beyläufig auszumachende Sachen (causae praeparatoriae, praeiudiciales et incidentes) summarisch verhandelt[74]). Aber auch

β) Hauptsachen (causae principales),

aa) wegen der Geringfügigkeit ihres Gegenstandes, dergleichen man Bagatellsachen zu nennen pflegt[75]). Welche Sachen aber dafür zu halten sind, ist in dem gemeinen Rechte nicht bestimmt, sondern dem Richter wird nur blos zur Pflicht gemacht, dahin zu sehen, daß den Partheyen nicht mehr Kosten verursacht werden, als der Werth des streitigen Gegenstandes beträgt[76]). Die Beurtheilung, ob die Sache für eine Bagatellsache zu halten sey, muß also dem Ermessen des Richters überlassen werden[77]), wo nicht die Gerichtsordnung des Landes eine nähere Bestimmung an die Hand giebt[78]).

bb) We-

74) *L. 3. §. 9. D. ad exhibendum.* Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 99. u. §. 100.

75) *God. Lud.* MENCKEN Diss. de processu causarum minimarum. *Lipsiae* 1743. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. DCLXXXIV. medit. 14.

76) *Nov. XVII. cap. 3. Nov. LXIX. cap. 1.*

77) LEYSER cit. loc. medit. 16.

78) In der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1. Th. Tit. 26. §. 1. werden unter Bagatellsachen solche verstanden, wo der Betrag

der

bb) Wegen der Evidenz des Rechts[79]). Z. B. wenn ein Advocat auf die Bezahlung seiner Gebühren bey dem Richter klagt, bey welchem er den Proceß für seinen Clienten geführt hat[80]).

cc) Wegen der Gefahr des Verzugs. Dahin gehören Bauſtreitigkeiten, Begräbnißſachen, Teichſachen, Alimentenſachen, Beſoldungsſtreitigkeiten, Sachen der Reiſenden, Handwerksſachen, Handelsſachen u. d.[81])

dd) Wegen des gemeinen Beſtens. Z. B. Contributions- Steuer- Zoll- Policey- und Poſtſachen[82]).

ee) Wegen einer beſondern Begünſtigung

a) der Sachen, z. E. wenn ſie ein Heyrathsgut, oder die Ablieferung eines Fideicommiſſes, oder die Zurückgabe eines Depoſitums betreffen[83]).

b) Der

der ſtreitigen Summe, oder der Werth der Sache nur funfzig Thaler, oder weniger ausmacht.

79) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. II. Proleg. §. 11.

80) Mein Commentar 5. Th. 1. Abth. §. 372.

81) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. DCLXXXIV. medit. 18—28.

82) Danz Grundſ. des gemeinen ord. bürgerl. Proceſſes §. 59. LEYSER c. l. medit. 34. et 35. und HOFACKER T. III. §. 4171. not. d.

83) *L. 178. §. 2. D. de Verb. Signif. L. penult. C. Depoſiti.* HOFACKER c. l. not. g. In der *Clem. 2. de iudiciis* werden auch noch Zehend- und Zinsſachen zu den ſummariſchen Sachen gezählt. Allein dieſe Begünſtigung gründet ſich auf den Satz des kanoniſchen Rechts, daß Zehnden und Zinſen

nach

b) Der Personen. Z. B. Sachen der mitleidswürdigen Personen, der Soldaten, der Studenten, fiscalische Sachen, Sachen milder Stiftungen, ꝛc.[84]).

2) Ein anderer Grund des summarischen Processes kann in der besondern Verfügung des Landesherrn liegen, vermöge welcher eine gewisse Streitsache, die sonst den ordentlichen Proceß erfordert, aus besondern Gründen summarisch behandelt werden soll[85]). Endlich

3) kann auch der summarische Proceß in einer Verabredung der streitenden Theile seinen Grund haben[86]). Denn soweit nicht das gemeine Beste oder die Rechte eines Dritten darunter leiden, ist es den Partheyen unverwehrt, die Uebereinkunft zu treffen, daß der unter ihnen entstandene Rechtsstreit summarisch tractirt werden solle[87]); so wie es ihnen unter dieser Einschränkung auch erlaubt ist, eine sonst summarische Sache im

nach dem göttlichen Rechte zu beurtheilen wären, welcher in den protestantischen Gerichten nicht angenommen ist. S. Claproths Einleitung in die sämmtlichen summarischen Processe §. 4. am Ende.

84) *God. Dan.* HOFFMANN Diss. de causis privilegiatis. *Tübingae* 1777.

85) *Cap. 4. X. de offic. et potest. iud. deleg. Clem. 2. de iudiciis. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 661.

86) *L. ult. §. ult. Cod. de tempor. et reparat. appellat. L. 29. C. de pactis.*

87) MEVIUS P. I. Decis. CLXXI. nr. 4. und besonders *Henr* HILDEBRAND in Disp. de processu conventionali Membr. II. §. 3. et 4.

im Wege des ordentlichen Processes zu verhandeln [88]): und ist solches von dem Richter ohne Widerspruch der Partheyen geschehen, so wird dies als ein stillschweigender Vertrag der Partheyen angesehen, und das Verfahren ist nicht ungültig [89]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Ausdrücke *summatim cognoscere*, und *de plano cognoscere* s. *expedire* in den römischen Gesetzen nicht für gleichbedeutend zu halten sind. Jener Ausdruck bezeichnet überhaupt ein summarisches Verfahren, welches, omissis longioribus litium ambagibus, entweder von dem Prätor, oder vom iudice pedaneo angestellt wurde [90]). Allein *de plano* cognoscirte oder expedirte der Prätor, wenn er nicht, wie gewöhnlich, pro tribunali Recht sprach, sondern an einem andern Orte sein Amt verwaltete [91]). Denn jeder Ort, ausser dem Tribunal, wo der Prätor, posita sella curuli, Recht sprach, es mochte zu Hause oder auf der Reise seyn, hieß

88) HILDEBRAND cit. Diss. Membr. II. §. 5. und Claproth in der Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe 1 Abschnitt. §. 4. S. 17.

89) *Clement. 2. de verbor. Signif.* Si tamen in praemissis casibus solemnis ordo iudiciarius in toto vel in parte, *non contradicentibus partibus*, observetur; non erit *processus propter hoc irritus.*

90) *L. 3. §. 9. D. ad Exhib. L. 15. §. 4. D. de re iudic. L. 3. §. 4. D. de carbon. edicto. L. 1. §. 14. D. de ventre in possess. mitt.*

91) *L. 9. §. 3. D. de offic. Proconf. L. 3. §. 8. D. de bonor. possess. L. 2. §. 1. D. Quis ordo in bonor. possess. servet. L. 18. in fin. D. de Quaest.*

hieß *planum*[92]), zum Unterschied vom Tribunal, welches, wie Isidor sagt, ein locus sublimis war, und daher auch vom Tacitus[93]) *sedes conspicua* genennt wird. Daher bedeutet *sellam ponere* und *de plano cognoscere* einerley[94]). Wenn nun gleich bey einer cognitione de plano das Verfahren auch summarisch war, so konnten doch nicht alle summarische Sachen de plano expedirt werden[95]), sondern nur solche Sachen, die man auf der Stelle abthun konnte, weil sie nur geringfügig waren, oder weil kein contradictor vorhanden war, und woraus also keinem Dritten ein Nachtheil erwuchs[96]).

II. In

92) *Iac.* RAEVARDUS Protribunal. cap. 7. *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 7. (*de antiquo iure Pop. Rom.* Tom II. pag. 419. sqq.) *Sibr. Tetard.* SICCAMA de iudicio centumvirali. Lib. I. cap. 3. *Ger.* NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 10.

93) *Annal.* Lib. I.

94) VALERIUS MAXIMUS Lib. III. cap. 5. Ex. 2. sagt vom Scipio, dem Sohne des Afrikans: Quamquam quid interfuit, utrum repulsam, an sic adeptam Praeturam domum referret? quam cum propinqui ab eo pollui animadverterent, id egerunt, ne aut *sellam ponere*, aut *ius dicere* auderet.

95) Z. B. keine bonorum possessio decretalis *L.* 3. §. 8. *D de bonor. possess.* *L.* 2. §. 1. *D. Quis ordo. in possess. servet.* VOET h. t. §. 3. POTHIER Pandectae Iustinianeae Tom. II. Lib. XXXVII. Tit. I. Nr. IV. pag. 558. Ferner keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und wozu überhaupt ein Decret erfordert wird. *L.* 3. §. 8. *D. de bon. poss.* S. ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. Lib. I. cap 3. not. p. pag. 19. sq.

96) *L.* 9. §. 3. *D. de offic. Proconf.* *L.* 2. §. 1. *D. Quis ordo in bon. poss.* *L.* 6. *D. de accusat.* *L.* 18. §. 10. *D. de*

Quae

II. In Absicht auf den Gegenstand, worüber gestritten wird, ist der Proceß wieder sehr verschieden.

1) Die Streitsache, welche gerichtlich verhandelt wird, kann entweder eine Civilsache oder eine Criminalsache seyn[97]). In dem erstern Falle wird der Proceß, der eine solche Sache zum Gegenstande hat, der bürgerliche oder Civilproceß, in dem letztern Falle aber der peinliche oder Criminalproceß genennt.

2) Der bürgerliche Proceß ist wieder von zweyerley Art. Es wird nämlich entweder blos über den Besitz, oder über das Recht in Ansehung einer Sache gestritten. In dem erstern Falle wird der Proceß der possessorische, in dem zweyten aber der petitorische genennt[98]). Endlich wird auch noch

3) der Proceß in einen blos präparatorischen und in den Hauptproceß eingetheilt, je nachdem die Streitsache entweder eine solche ist, wodurch einer andern Hauptsache blos der Weg gebahnt werden soll, oder eine Hauptsache ist[99]).

Quaestion. L. 7. et 8. D. de manumiss. vind. SICCAMA c. l. pag. 23. et ad *Eundem* ZEPERNICK not. i.

97) Unter den Criminalsachen werden hier alle diejenigen verstanden, welche die öffentliche Bestrafung eines begangenen Verbrechens betreffen. Verfolgt hingegen der Kläger nur sein Privatinteresse, so ist die Streitsache eine Civilsache, wenn sie gleich ein Verbrechen zum Grunde hat. §. 10. *I. de iniur. L.* 9. §. 5. *D. de public. et vectigal. L.* 3. *D. de delict. priv. L.* 92. *D. de furt.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 11. et 12. VOET h. t. §. 6. und besonders Meister in der ausführl. Abhandlung des peinlichen Processes in Teutschland 1. Th. 1. Abschn. 2. Hptst. §. 1. ff.

98) S. Danz Grds. des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 57.

§. 499.

Was ist *Litis contestatio* nach dem Römischen und heutigen Rechte?

Es ist bereits bemerkt worden, daß die eigentliche Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits bey den Römern mit der Litiscontestation ihren Anfang nahm. Denn erst, wenn diese erfolgt war, sagte man: *res est in iudicium deducta* (§. 495. S. 147.) Aber auch nach dem heutigen Rechte behaupten unsere practischen Rechtsgelehrten, daß erst durch die Einlassung auf die Klage der Krieg Rechtens befestiget werde[100]). Die Litiscontestation ist jedoch nach dem Römischen Rechte von einer ganz andern Beschaffenheit, als die heutige Einlassung auf die Klage.

1) Worin die Römische *Litis contestatio* bestanden, lehren die Kr. Sever und Antonin *L. un. Cod. de litis contest.* wo es heißt: Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter *litem* enim *contestatam*, et *editam actionem* permultum interest. *Lis* enim tunc *contestata* videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. Die Kaiser wollen hier den Unterschied zwischen einer bloßen Edition der Klage und der Litiscontestation, in Rücksicht auf die Freyheit, die Klage abzuändern, zeigen. Es erhellet dies noch insonderheit aus der *L.* 3. *Cod. de edendo*, welche, wie auch schon Noodt[1]) bemerkt hat, einen

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 13.

100) Man sehe *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio. *Vitemb.* 1778.

einen Theil von jener Verordnung der Kr. Sever und Antonin ausmacht. Da heißt es: *Edita actio* speciem futurae litis demonstrat: quam emendari, vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas. Um diese Stellen gehörig zu verstehen, muß aus der römischen Gerichtsordnung folgendes bemerkt werden. Wenn der Kläger dem Beklagten die Klage vor Gericht edirt hatte (§. 270.), so war es vor allen Dingen nöthig, den Prätor um die Erlaubniß zu bitten, die Klage gegen den Beklagten anstellen und verfolgen zu dürfen[2]) (postulare actionem), welche der Prätor nun nach Befinden der Umstände entweder ertheilte (actionem dabat), oder versagte (actionem denegabat)[3]). War diese postulatio nicht geschehen, so konnte dem Kläger die exceptio non impetratae actionis entgegen gesetzt werden, welche erst in der Folge vom Kr. Theodosius dem Jüngern[4]) abgeschaft wurde. Der Beklagte konnte aber auch seiner Seits um eine Bedenkzeit bitten, um bey sich überlegen zu können, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle. Denn selten war der Beklagte bey der Art, wie ehemals die in ius vocatio bey den Römern geschahe, zur Vertheidigung hinlänglich vorbereitet[5]). Noch kam es also nicht gleich zur Litiscontestation, sondern die edirte Klage ward einstweilen den

1) De iurisdictione Lib. I. cap. 13.

2) BRETTUS in ordine perantiquo iudiciorum civilium cap. 24.

3) BARVARIUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 4. Meine Opuscula Tom. II. pag. 327.

4) *L. un. Cod. Theod. de omissa actionis impetrat.*

5) Meine Opuscula Tom. II. pag. 332.

actis postulationum einverleibt, und die Partheyen wurden auf einen andern Termin vorbeschieden [6]). Damit nun aber der Kläger gesichert war, daß sich der Beklagte in diesem Termine gewiß einfinden werde, so konnte er von ihm eine Cautionsleistung durch Bürgen verlangen, welche *vadimonium* genennt wurde [7]). Hatten sich nun die Partheyen zur bestimmten Zeit vor dem Tribunal des Prätors wieder eingefunden, so kam es jetzt zur Litiscontestation, wenn zuvor die nöthigen Cautionen, z. B. satisdatio ratihabitionis, iudicatum solvi u. s. w. waren geleistet worden [8]). Der Kläger erzählte hierauf den ganzen Vorgang der Sache, oder den Handel (negotium), worauf er seine Klage gründete, und recitirte die Formel, welche seine Intention ausdruckte. Der Beklagte antwortete darauf, entweder verneinend, oder er schützte eine Einrede vor, wodurch er eine Entbindung von der Klage zu bewirken suchte [9]). Diese Erzählung des Klägers, und die von dem Beklagten darauf ertheilte Antwort, hieß bey den Römern litis contestatio [10]), wie Justinian [11]) uns selbst lehrt, wenn

6) RAEVARDUS Protribunal. lib. sing. cap. 9. SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. et ad *Eundem* ZEPERNIK not. b. et c. pag. 116. sq.

7) *Bav.* VOORDAE Diss. de vadimonio. *Traj. ad Rhen.* 1751. (in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua* Tom. II.)

8) *L.* 40. §. 3. *D. de Procurat.* *L.* 15. *pr. D. eodem.* *L.* 8. *L.* 13. *pr. D. iudic. solvi.* *L.* 2. §. 9. *C. de iureiur. propt. calumn.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 21. pag. 465. fin.

9) Meine Opuscula T. II. pag. 370. sqq.

10) *Car. God.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. *Lipsiae* 1751. Sect. 1. §. 2.

11) *L.* 14. §. 1. *Cod. de iudiciis.*

wenn er sagt: Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam. Der Name *litis contestatio* aber kommt daher, weil es bey dieser Handlung gewöhnlich war, die Umstehenden mit einer gewissen Feyerlichkeit zu Zeugen anzurufen, welches *contestari* hieß. So sagt FESTUS[12]): *Contestari* dicuntur duo aut plures adversarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicebat: *testes estote.* Ob nun gleich die Litiscontestation nach dem angegebenen römischen Begriffe eine Bilateralhandlung war, zu welcher die Mitwirkung beyder Partheyen erfordert wurde; so ist es doch merkwürdig, daß wenn die Gesetze blos von einem der streitenden Theile allein reden, selbige nur eigentlich von dem Kläger sagen: *quod litem contestetur*[13]), weil er derjenige ist, welcher durch Anstellung seiner Klage den Rechtsstreit hauptsächlich veranlaßt[14]); von dem Beklagten hingegen, *quod iudicium accipiat*, wenn er auf die Klage antwortet[15]). Aus der Erzählung des Klägers, und dem Widerspruche des Beklagten konnte nun erst der Prätor richtig beurtheilen, worin die causa, d. i. der eigentliche Streit-

12) De verbor. Significat. voc. *contestari.* Von dieser Feyerlichkeit der Contestation ist nachzusehen WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 7.

13) *L.* 10. §. 2. *D. Si quis caut. L.* 28. *D. de novat. et delegat. L.* 11. *pr. D. de pign. act. L.* 3. §. *ult. D. iudicat. solvi.*

14) WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 2.

15) *L.* 35. §. 2. *D. de Iureiur. L.* 28. §. 2. *D. de iudic. L.* 34. *D. eodem. L.* 9. *D. de verb. obligat. L.* 16. *D. de Procurat.*

punct [15]), beſtand. Beruhete dieſer auf einer bloßen Rechtsfrage, ſo entſchied der Prätor ſelbſt [17]). Wenn hingegen die Entſcheidung der Sache von der Erörterung gewiſſer Thatumſtände abhieng, ſo gab er den Partheyen einen iudex oder auch wohl mehrere [18]), wenn die Sache wichtig war, und die Partheyen darein willigten [19]). Denn keiner konnte ihnen zum iudex aufgedrungen werden, gegen den ein oder der andere Theil proteſtirte [20]). Derjenige Richter, wegen deſſen ſich die Partheyen vereiniget hatten, wurde nun vom Prätor für dieſe Streitſache förmlich beſtellt, welches in den Geſetzen: ex conventione litigatorum iudicem addicere, genannt wird [21]), und ihm zugleich

16) *L. un. C. de lit. cont.* ſagt: Iudex *cauſam audire* coepit. *Cauſa* aber iſt, wie WINCKLER cit. Diſſ. Sect. I. §. 6. aus vielen Stellen der Klaſſiker bewieſen hat, id, de quo principaliter quaeritur in lite, et quod caput eſt totius controverſiae.

17) *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio Lib. I. cap. 8. RAEVARDUS Protribunal. lib. ſing. cap. 11.

18) *L.* 12. *L.* 76. *D. h. t. L.* 28. *L.* 38. *L.* 39. *D. de re iudic. Ant.* SCHULTING Diſſ. de recuſatione iudicis. Cap. VI. §. 4. (in EIUS *Commentat. academ.* Halae 1770. 8. edit.) und *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 6.

19) CICERO Orat. *pro Roſcio Comoedo* cap. 15. und *pro Cluentio* cap. 43. Daher kommt die Redensart: *iudex inter adverſarios convenit*, QUINCTILIANUS Declamat. 342. *iudex ſumitur*, CICERO *pro Flacco* cap 21. *L.* 21. *D. Quod vi aut clam. L.* 47. *D. Famil. erciſc.*

20) *L.* 47. *D. de iudic.* SCHULTING cit. Diſſ. Cap. VI. §. 1. et 2.

21) *L.* 39. *L.* 46. *L.* 80. *D. h. t. L.* 4. §. 1. *D. de eo, quod certo loco. L.* 59. §. *ult. D. ad SCtum Trebell.*

gleich eine Instruction (formula iudicii) vorgeschrieben, nach welcher derselbe die Sache erörtern und entscheiden mußte. Aus dieser Darstellung der römischen Proceßordnung ergiebt sich, daß die Litis contestatio zu denjenigen Handlungen des Processes gehörte, die in iure d. i. vor dem Prätor vorgenommen wurden. Unser Verf. ist zwar anderer Meinung. Er behauptet nämlich not. q. die Litiscontestation sey erst alsdann geschehen, wenn die Partheyen an den iudicem pedaneum wären verwiesen worden. Hier hätten sie einander in Gegenwart einiger Zeugen mittelst der Stipulation versprochen, daß sie den Proceß bey diesem Richter bis zu Ende fortsetzen wollten; und hierin habe die römische Litis contestatio bestanden. Allein die *L. un. C. de lit. con.* worauf sich auch unser Verf. beruft, unterstützt diese Vorstellung nicht. Zwar heißt es daselbst: *Lis tunc contestata videtur, cum* IUDEX *per narrationem negotii causam audire coepit.* Es hat aber schon Noodt[22]) bemerkt, daß unter dem iudex hier nicht der iudex pedaneus, sondern der Prätor oder ein solcher magistratus zu verstehen sey, welcher die Jurisdiction hatte. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich nicht nur aus der *L. 3. C. de edendo*, welche, wie schon oben bemerkt worden ist, einen Theil der L. un. cit. ausmacht, wo von demjenigen, welcher vorher iudex genennt wurde, gesagt wird, *quod ius reddat*, ein Ausdruck, der nie vom iudice pedaneo gebraucht wird; sondern es läßt sich auch aus andern Gesetzstellen erweisen, daß jene Bedeutung des Worts iudex besonders in den Verordnungen der Kaiser gar nicht unge-

22) De iurisdictione Lib. I. cap. 15.

wöhnlich sey[23]). Daß die Litis contestatio nicht erst beym iudex pedaneus geschehen sey, erhellet erstens schon daraus, weil der Prätor dem Judex ohnmöglich eine formulam iudicii hätte vorschreiben können, bevor er nicht aus der Litiscontestation ersehen hatte, worin der eigentliche Streitpunct bestand, der einer nähern Erörterung bedurfte. Daher sagt auch Cicero[24]): *In iure* et exceptiones postulantur, et quodammodo agendi potestas datur, et *omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.* Hierzu kommt zweytens eine sehr deutliche Stelle des Ulpians, welcher *L.* 1. §. 2. *D. de feriis* sagt: Excipiuntur certae causae, in quibus cogi poterimus, et per id temporis, quo messes vindemiaeque sunt, *ad Praetorem venire;* — Sane quoties res urget, cogendi quidem sumus *ad Praetorem venire*, sed ad hoc tantum cogi aequum est, *ut lis contestetur.* Endlich giebt uns auch Paulus noch ein sehr bündiges Argument, wenn er *L.* 73. *D. de procurator.* sagt: Tum demum, *cum lis iam contestata sit*, omnia *officio iudicis* dirimenda esse. Ich übergehe andere Beweisgründe, die man bey Winkler[25]) finden kann, und

23) *L.* 1. *C. de iurid. L.* 1. *C. de ord. iudicior. L.* 4. *C. de offic. Rect. provinc. L.* 1. *Cod. ut omn. iudic. L.* 1. *C. de annon.* NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 9. und WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 4.

24) *De invent.* Lib. II. c. 19.

25) Diss. cit. Sect. I. §. 3. 4. et 5. Eben dieser Meinung sind auch *Ger.* NOODT de iurisdictione Lib. I. cap. 15. *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. restituta et illustrata (*Francof.* 1676.) Lib. V. cap. 5. pag. 441. sqq. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 20. *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 27. und VOET h. t. §. 144.

und bemerke nur noch, daß wenn gleich die Feyerlichkeit der Zeugenaufrufung bey der Litiscontestation in der Folge auſſer Gebrauch kam[26]), dennoch sowenig der Name der Litiscontestation, als das Wesen derselben bey den Römern geändert worden ist[27]). Zwar soll es nach einer gewissen Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius[28]) einer

26) HUBER c. l. §. 21. und WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 10. pag. 27.

27) *Nov. LIII. cap.* 3. §. 1. *Nov. XCVI.* cap. 1. KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio §. 5. pag. 14.

28) *L.* 1. *C. Quando libellus principi datus litis contest. faciat.* Dubium non est, *contestationem litis* intelligi etiam, *si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae*, easque adversus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruit, exercere. In der *L.* 8. *Cod. Theod. de div. Rescript.* woraus jene L. 1. genommen ist, kommen noch folgende Worte vor, welche Tribonian weggelassen hat. Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competiisse monstratur, sic et e diverso, iuris definitione, Consultorum omnium consona responsione, firmatur, ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. T. I. pag. 24. bemerkt zwar ganz richtig, daß, um den wahren Sinn dieses Gesetzes zu bestimmen, die *L. 7. C. Th. de contrah. emt.* welche einen Theil der L. 8. ausmacht, damit verbunden werden müsse. Diese Verbindung lehrt uns zugleich, daß nach jener Verordnung der Kr. Arcadius und Honorius in Absicht auf die Art der Klagen kein Unterschied gemacht war, welchen erst nachher Justinian näher zu bestimmen nöthig fand. Allein darin hat wohl Gothofroi nicht Recht, wenn er behauptet, daß der bloßen oblationi precum schon allein die Wirkung der L. C. sey beygelegt worden, da theils die Worte:

einer Litisconteſtation gleich gehalten werden, wenn Jemand ſeine Klage mittelſt einer Supplic dem Regenten ſelbſt überreicht, und dieſer darauf der Sache gemäß reſcribirt hat: es hat auch Juſtinian [29]) durch eine neuere Verordnung eben dieſes, obwohl mit der Einſchränkung, beſtätiget, daß ſolches nur bey den prätoriſchen Klagen, welche nach Ablauf eines Jahrs erlöſchen, Statt finden ſolle. Allein 1) kann doch eine ſolche oblatio precum et ad eas reſcriptio für keine wahre Litisconteſtation gehalten werden, da hierzu nicht einmahl die Antwort des Beklagten erfordert wird, und dann 2) dürfen auch wohl die Wirkungen einer ſolchen litis conteſtationis anomalae weiter nicht erſtreckt werden, als die Geſetze wollen, die ihr nur die Wirkung der Perpetuirung der Klage, und der Transmiſſion derſelben auf die Erben beylegen [30]).

2) Die

te: *vel ab herede eius, qui meruit, exerceri*, ein anders lehren, denn das Wort *merere* heißt hier nichts anders, als impetrare reſcriptum *L.* 33. *C. de donat.* theils auch Juſtinian *L.* 2. *Cod. Quando libell.* die Erlaſſung eines Reſcripts auf die preces principi oblatas ausdrücklich erfordert, wenn die ihnen beygelegte Wirkung der L. C. Statt finden ſoll.

29) *L.* 2. *C. eod.* Temporales actiones, *quae per oblationem precum et ad eas reſcriptionem perpetuantur*, definire neceſſarium eſſe duximus, ne quis putet, ad alias etiam, quae certis taxantur temporibus, hoc pertinere. Sciant igitur omnes, eas tantummodo *per oblationem precum et ad eas reſcripta* perpetuari, *quae a Praetore conſtitutae annali tempore coarctatae ſunt.*

30) Vergl. *Fr.* RAGUELLI Commentar. ad Conſtitut. et Deciſion. Iuſtin. Lib. I. pag. 83. WERNHER Select. Obſervat. for. T. I. P. I. Obſ 145. in Supplem. novo. pag. 125. ſqq. und *Io. Caſp.* HEIMBURG Progr. quo inquiritur: an oblatio libelli principi facta litispendentiam inducat? *Ienae* 1750.

2) Die heutige Litiscontestation ist nun dagegen blos eine Handlung des Beklagten, welche in der Antwort desselben auf die gegen ihn erhobene Klage, das ist, in der Erklärung des Beklagten besteht, ob und in wie weit er nämlich den factischen Inhalt der Klage einräumt oder abläugnet, und welche in der Absicht geschiehet, damit der wahre Streitpunct in der Hauptsache gehörig festgesetzt werde [31]). Man nennt sie die Einlassung auf die Klage, oder die Kriegsbefestigung [32]), obwohl gewöhnlicher die feyerliche Antwort des Beklagten auf die in der Klagschrift enthaltenen Thatumstände mit dem Namen der Kriegsbefestigung oder der Litiscontestation in der eigentlichen Bedeutung bezeichnet zu werden pflegt [33]). In dem kanonischen Rechte wird zwar die Litiscontestation eben so, wie in dem Römischen, als eine Bilateralhandlung betrachtet, an welcher beyde

31) WINKLER cit. Diss. Sect. III. §. 1. *Nic. Hier.* GUNDLING Diss. de lite contestata, commoda plerumque, incommoda nunquam, *Halae* 1750. Joh. Christ. Quistorp von der Einlassung auf die Klage, oder der sogenannten Kriegsbefestigung (in Desselben kleinern juristi. Schriften. Bützow und Wismar 1772. Nr. I.) und *Ern. God. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis contestatione capita quaedam cont. *Witembergae* 1782.

32) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgl. Processes §. 172. Hufelands Institutionen des gesammten positiven Rechts §. 1209. und Christ. Wilh. Wehrn Theor. practischer Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen. §. 34. Not. 2.

33) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIII. §. 33. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 2. cap. 5. §. 1. KLÜGEL cit. Diss. de litis contestatione Cap. 1. et 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4378.

beyde ſtreitende Partheyen Antheil nehmen. Denn in dem *cap. un. X. de litis conteſtat.* ſagt P. **Gregor** IX. ausdrücklich: per petitionem in iure propoſitam et reſponſionem ſecutam litis conteſtatio fit; und dieſes wird mit denſelbigen Worten in dem *cap.* 54. *X. de election.* wiederholt. Allein gleichwie ſchon in den neuern päbſtlichen Verordnungen der Begrif der **Litisconteſtation** blos auf die Antwort des Beklagten auf die Klage eingeſchränkt wird[34]): ſo zeigt auch inſonderheit der heutige Name der **Einlaſſung auf die Klage** an, daß ſie blos von dem Beklagten geſchieht[35]).

Uebrigens erhellet aus dem gegebenen Begriffe der Litisconteſtation, daß die bloße Vorſchützung peremtoriſcher Einreden noch für keine Einlaſſung auf die Klage gehalten werden könne[36]). Denn wer blos **excipirt**, räumt weder die Intention des Klägers ein, noch läugnet ſelbige ab[37]), ſondern führt blos Gründe zu ſeiner Vertheidigung

34) *Cap. 1. et 2. de litis conteſtat. in 6to.* van ESPEN Ius Eccleſ. univerſ. P. III. Tit. VII. Cap. 3. §. 17. *Iuſt. Henn* BOEHMER Ius Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. V. §. 4. ſqq.

35) HOFACKER c. l. §. 4377. KLÜGEL Diſſ. de litis iudicialis initio §. 5. pag. 15. Quiſtorp in der angef. Abhandl. S. 9. ff. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß §. 142. Nettelbladts Verſuch einer Anleitung zu der ganzen practiſchen Rechtsgelahrtheit §. 231. u. a. m.

36) *Cap. 2. de litis conteſt. in 6to.* Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 115.

37) *L. 9. D. de except. Cap. 63. de Regulis iur. in 6to. Franc.* ALEF Diſſ. Quando excipiens conſiteri cenſeatur; (in EIUS *Diebus academ. ſ. Opuſculis.* Heidelbergae 1753. Diſſert. XXVI.

gung an, wodurch er den Anspruch des Klägers von sich zu entfernen sucht [38]). Daher verordnet P. Bonifacius VIII. daß wenn die vorgeschützten Einreden nicht von der Art sind, daß sie von der Einlassung auf die Klage befreyen, dieselbe von dem Beklagten noch bewirkt werden müsse [39]).

§. 500.

Verschiedene Eintheilungen des Litiscontestation.

Die Einlassung auf die Klage kann auf verschiedene Art eingetheilt werden. Sie ist nämlich

I) entweder eine directe (litis contestatio explicita), oder eine indirecte (litis contestatio implicita), je nachdem der Beklagte entweder mit deutlichen Worten erklärt,

XXVI. pag. 682. sqq.) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. membr. 2. cap. 5 § 2. Not *). MEVIUS T. II. P. VII. Decis. 128. Anderer Meinung ist jedoch Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bd. 12.

38) *L. 2. D. de Except.*

39) *Cap. 2. de litis contest. in 6to.* Si, oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremtoria proponatur; nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta: immo, ea non obstante (nisi sit de illis exceptionibus, quae litis contestationem impediunt,) fieri oportebit eandem. In solchem Falle muß also erkannt werden: daß Beklagter Einwendens ungeachtet auf die Klage gehörig zu antworten, und den Krieg Rechtens zu befestigen schuldig, es bleibt ihm jedoch seine bereits vorgeschützte Einrede nach der Kriegsbefestigung zerstörlicher Weise auszuführen unbenommen. S. BOEHMERI Ius Eccles. Protest. Lib. II. Tit. V. §. 6.

klärt, was er von der Klage einräumt oder abläugnet, oder seine Einlassung auf eine solche Art einrichtet, daß man erst durch Schlüsse seine Intention aus derselben folgern muß. Z. B. der Beklagte erklärte sich für bereit, die bey der Klage zum Grunde gelegten Urkunden eidlich abläugnen zu wollen[40]).

II) Sie ist entweder eine allgemeine (litis contestatio generalis), wenn der Beklagte nicht punctweise auf die Klage antwortet, sondern nur im allgemeinen den Inhalt derselben entweder einräumt oder abläugnet; oder eine besondere (litis contestatio specialis), wenn sich der Beklagte auf jeden einzelnen zur Klage gehörigen Thatumstand bestimmt erklärt.

Eine allgemeine Einlassung auf die Klage ist zwar nach dem römischen und kanonischen Rechte erlaubt[41]); allein die neuere Reichsgesetzgebung hat dieselbe aus dem ordentlichen Proceß auf immer verbannt. Der jüngste Reichsabschied vom J. 1654. §. 37. verordnet nämlich, daß der Beklagte auf die Klage kurz, nervös, und deutlich antworten, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anders, als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, *specifice*, und auf jeden Punct mit allen seinen Umständen anzeigen solle[42]). Die Veranlassung zu dieser Legislation gaben

40) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4379.

41) *L. 1. C. de lit. contest. Cap. un. X. eodem. Cap. 6. X. de iuram. calumn.*

42) Neue Sammlung der Reichsabschiede 3. Th. S. 648.

gaben die Nachtheile, die eine allgemeine Kriegsbefestigung nach sich zog. Denn da bey dieser Art der Einlassung der eigentliche Streitpunct in der Hauptsache unbestimmt bleibt, so war es unvermeidlich, daß der Kläger oft mit unnöthigen Beweisen beläßiget werden mußte, wofern er nicht zu dem unseeligen Mittel der Positionen, welche blos jener Einlassungsart ihren Ursprung verdanken, seine Zuflucht nehmen wollte[43]). Da jedoch diese Nachtheile nur aus einer allgemeinen Abläugnung der Klage entstehen, so kann eine solche Einlassung, welche durch ein allgemeines Einräumen der Klage, oder mehrere Puncte derselben geschiehet, nicht für gesetzwidrig gehalten werden[44]). Die Einlassung ist ferner

III) entweder eine feyerliche, (litis contestatio solemnis) oder eine nicht feyerliche, (litis contestatio minus solemnis)[45]). Unter jener wird diejenige verstanden,

43) Man sehe hier vorzüglich *Io. Phil.* HAHN Diss de necessitate et utilitate litis contestationis specialis, eiusque praerogativa prae generali ad R. I. N. §. 37. *Moguntiae* 1747. (in PÜTTERI *Opuscul.* Nr. XIII.) und SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. 5. §. 3. et 4.

44) Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 117. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 142. S. 135. und Danz Grundsätze des allgemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 179.

45) Einige Rechtsgelehrten verwerfen diese Eintheilung der Litiscontestation, und behaupten, daß alle Litiscontestation eine feyerliche Antwort des Beklagten auf die Klage sey. S. KLÜGEL de litis contestatione. Cap. 2. Es kommt jedoch auf den Begriff an, den man mit der Litiscontestation verbindet. Nimmt man dieses Wort für Antwort und Einlassung auf die Klage, so läßt sich diese Eintheilung allerdings

den, welche nach der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form geschiehet. Zu dieser gesetzlichen Form gehört,

1) daß die Antwort des Beklagten schriftlich geschehe[46]);

2) daß sie deutlich und direct gefaßt sey, und nicht erst durch Schlüsse aus den Worten gefolgert werden dürfe;

3) daß sie auf alle zu der angestellten Klage gehörige Thatumstände gerichtet werden müsse[47]).

Ist diese Form nicht beobachtet worden, so wird die Einlassung auf die Klage eine nicht feyerliche, oder eine blos summarische genennt, von welcher Art die indirecte Einlassung (litis contestatio implicita) und die allgemeine ist. Eine solche nicht feyerliche Einlassung wird zwar im summarischen Processe zugelassen[48]); in dem ordentlichen Processe hingegen wird eine feyerliche Einlassung so nothwendig erfordert, daß der Richter selbige dem Beklagten von Amtswegen auflegen kann[49]).

IV) Kann

vertheidigen. S. Rettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 232. Danz Grundf. §. 176.

46) Reichsabsch. v. J. 1570. §. 89. — darneben *in scriptis litem eventualiter*, oder aber, da dergleichen Einreden keine bevor, *litem pure* zu contestiren. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4378. nr. II.

47) J. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 37. Danz §. 176.

48) *Clem. 2. de Verb. Signif.* vergl. mit *cap. 2. X. de offic. iud.*

49) Quistorps angef. Abhandl. S. 17. folg.

IV) Kann die Litiscontestation entweder eine wahre (L. C. vera), oder eine erdichtete (L. C. ficta) seyn, je nachdem sie entweder von dem Beklagten wirklich geschehen ist, oder zur Strafe des Ungehorsams desselben für geschehen angenommen wird. Letztere setzt die Vernachläßigung einer peremtorischen Citation voraus, vermöge welcher dem Beklagten dieses Präjudiz war angedrohet worden, und zwar wird nach der gemeinen Praxis die Klage für abgeläugnet angenommen [50]).

§. 501.

Fortsetzung dieser Eintheilungen.

Die Einlassung auf die Klage geschieht ferner

V. entweder nur auf den Fall, wenn die von dem Beklagten vorgeschützten dilatorischen und Proceßhindernden Einreden auf rechtliche Art erlediget seyn werden, oder ohne eine solche angehängte Bedingung. In jenem Falle wird sie eine bedingte, (L. C. eventualis) in diesem aber eine unbedingte (L. C. pura) genennt. Selten geschiehet es, daß sich der Beklagte unbedingt auf die Klage einläßt. Gewöhnlich schützt er einige dilatorische Einreden vor. Können nun diese nicht sogleich erwiesen werden, sondern beruhen noch auf einer nähern Untersuchung, so ist der Beklagte nach Vorschrift der Gesetze schuldig, sich wenigstens eventualiter auf die Klage einzulassen, damit zur Abkürzung des Processes über beydes, nämlich über den Grund der vorgeschützten Einreden, und der darauf beruhenden Ein-

50) *I. H.* BOEHMERI Ius eccleſiaſt. Proteſtant. Lib. II. Tit. VI. §. 2. und Quiſtorps angef. Abhandlung S. 31. folgg.

lassung, erkannt werden könne[51]). Hat der Beklagte dieses unterlassen, so wird zwar über die Statthaftigkeit der Einreden erkannt, aber auch zugleich dem Beklagten die Einlassung auf die Klage und die Bezahlung der Kosten, wofern er nicht sehr wahrscheinliche Gründe für sich gehabt hat, auferlegt[52]). Endlich

VI) wird auch die Einlassung noch in die bejahende, verneinende und die vermischte eingetheilt, je nachdem der Beklagte entweder alle Puncte der Klage als wahr einräumt, oder dieselben alle abläugnet, oder einige derselben eingesteht, andere hingegen verneinet. Die bejahende Einlassung geschiehet ferner entweder schlechthin, (L. C. affirmativa simplex) oder mit Vorschützung peremtorischer Einreden, (L. C. affirmativa qualificata). In jenem Falle kann von einem Rechtsstreite nicht weiter die Frage seyn, es bleibt also nichts, als die Verurtheilung des Be-

51) Reichsabschied v. Jahr 1594. §. 6. und J. R. A. vom J. 1654. §. 37. 40. R. Kammergerichtsordn. Th. 3. Tit. 15. §. 7. u. 8. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. I. membr. 2. §. 6. und Quistorps angef. Abhandl. S. 26. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn die vorgeschützte Einrede eine exceptio fori declinatoria, und zwar diese von der Erheblichkeit ist, daß sie die Zuständigkeit des Richters in der gegenwärtigen Sache sehr zweifelhaft macht. Hier ist der Beklagte nach dem angef. §. 40. des J. R. A. vor der Erörterung dieses Puncts sich in der Hauptsache einzulassen nicht schuldig. S. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. LXXXII. §. 1. et 2. Ein gleiches gilt von der exceptione spolii. S SCHAUMBURG l. c. §. 7.

52) STRYK Diss. de litis contestatione eventuali, *Halae* 1704. §. 15.

Beklagten, übrig[53]). Daher halten mehrere Rechtsgelehrten[54]) eine blos bejahende Einlassung für keine wahre Kriegsbefestigung, weil diese ohne einigen Widerspruch nicht Statt finden kann. Es hat auch diese Meinung nach dem römischen Begriff von der Litiscontestation ihre völlige Richtigkeit[55]). Allein nach dem heutigen Begriff derselben läßt sich allerdings auch eine blos affirmative Einlassung gedenken, wie schon Winckler[56]) bemerkt hat. Ist hingegen eine solche Einlassung mit Vorschützung peremtorischer Einreden verbunden, so liegt dem Beklagten der Beweis derselben ob. Kein Wunder, wenn daher der Beklagte immer geneigter ist, sich verneinend auf die Klage einzulassen. Denn da in diesem Falle der Beweis auf den Kläger gewälzt wird, so hofft der Beklagte aus seiner Abläugnung einen doppelten Vortheil zu ziehen, nämlich daß ihm entweder Mangel des Beweises auf Seiten des Klägers eine Entbindung von der Klage, oder daß ihm wenigstens die Schwierigkeit desselben einen vortheilhaften Vergleich zuwege bringen wird. Daher die Cautel proceßsüchtiger Advocaten: *Si fecisti, nega.* Allein der Beklagte hat sich wohl vorzusehen, daß er sich in seiner Hoffnung nicht

 getäuscht

53) *L. 6. pr. et §. 6. D. de confess. L. 21. D. h. t.*

54) VOET h. t. §. 146. *Arn.* VINNIUS Select. iur. Quaestiones Lib. I. cap. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 21. SCHAUMBURG Princip prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. 5. §. 5. not. *). HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4380. not. a. Quistorps Abhandl. S. 22.

55) WINCKLER Diss. de discrim. litis contestationis vet. et hod. Sect. I. §. 6. pag. 20.

56) Diss. cit. Sect. III. §. 1. pag. 54.

getäuscht siehet; wenigstens bleibt ihm dann allemal die Erstattung der dadurch verursachten Proceßkosten zur Last. Es haben auch die Gesetze in einzelnen Fällen noch besondere Strafen des frevelhaften Läugnens verordnet [57]). Diese sind;

1) Strafe des doppelten Ersatzes. Sie findet Statt:

a) wenn der Beklagte ein Vermächtniß, das einer Kirche oder einer andern frommen Stiftung hinterlassen worden ist [58]); oder

b) bey der Klage des Aquilischen Gesetzes die begangene widerrechtliche That, (damnum iniuria datum) [59]); oder

c) ein Verwahrungsgut, das ihm bey einem entstandenen Unglücksfalle war anvertrauet worden, (depositum miserabile) [60]); oder

d) bey

57) *Io. Chr.* FALCKNER Disp. de inficiatione eiusque poena in civilibus. *Ien.* 1677. *Io. Ge.* FICHTNER Exercit. de mendaciorum poenis *Alt.* 1721. *Gust. Henr.* MYLII Diss. de poena inficiationis. *Lipsiae* 1725. *Io. Frid.* WERNHER Diss. I. et II. de poenis inficiationum. *Vitemb.* 1725. *et* 1726. und *Io. Christ.* KNOETSCHKER Commentat. de poenis inficiationis temere litigantium in causis civilibus, iure Sax. Elect. statutis *Lipsiae* 1790.

58) §. 26. *I. de action.* §. *ult. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* §. 1. *I. de poena temere litig.*

59) *L.* 2. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* L. 23. §. 10. *D. eod.* *L.* 4. *C. eodem. Nov. XVIII. cap.* 8. *princ.*

60) *L.* 1. §. 1. *et* 4. *D. depositi.* §. 17. 23. *et* 26. *I. de actionib.*

d) bey einer Schuldklage seine Handschrift, oder die geschehene Auszahlung des Darlehns, wider seine eigene Wissenschaft und Ueberzeugung abläugnet[61]).

2) Verlust des Besitzes; nämlich

a) wenn der Beklagte im Falle einer wider ihn angestellten Realklage böslich läugnet, daß er die vom Kläger in Anspruch genommene Sache besitze[62]).

b) Wenn Jemand als Besitzer einer fremden Sache, z. B. als Pfandbesitzer, belangt worden ist, und wider seine Ueberzeugung in Abrede stellt, daß die Sache dem Dritten zugehöre. In beyden Fällen kann der Kläger die Abtretung des Besitzes verlangen, wenn er gleich sein Recht an der Sache noch nicht erwiesen hat[63]).

3) Verlust einer zuständigen Rechtswohlthat, in folgenden Fällen.

61) *Nov. XVIII. cap.* 8. et *Auth.* Contra qui. *Cod. de non num pecun.* Nach diesen Gesetzen macht sich der Schuldner, der den Empfang des Darlehns vorsetzlich geläugnet hat, auch der Einrede, daß die Schuld bezahlt sey, verlustig. Es soll jedoch auch den Gläubiger die Strafe des Duplums treffen, wenn er seine Quittung abläugnet, und der Schuldner deren Richtigkeit erweißt.

62) *L. fin. D. de Rei vindicat. Casp. Henr.* HORN Diss. de poena inficiantis possessionem ad L. fin. D. de Rei Vind. *Vitemb.* 1701. L. B. *a* WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 150.

63) *Nov. XVIII. cap.* 10. *Auth.* Item possessor *Cod. Qui potior. in pign.*

a) Wer eine übernommene Bürgschaft abläugnet, verliert die den Bürgen zustehende Rechtswohlthaten [64]).

b) Wer wider besseres Wissen läugnet, daß er mit dem Kläger in einer Societät stehe, verliert die Wohlthat der Competenz [65]).

c) Wer bey der actione de pauperie läugnet, daß ihm das schädliche Thier gehöre, verliert das Recht, selbiges dem Kläger an Zahlungsstatt hin zu geben, und muß nun den Schaden schlechterdings im Gelde ersetzen [66]). Endlich

4) die Last der Beweisführung, nämlich wenn der Beklagte bey der condictione indebiti die ihm geschehene Zahlung läugnet. Hier muß er beweisen, daß Kläger debite bezahlt habe [67]).

Hieraus läßt sich nun beurtheilen, ob und in wiefern es wahr sey, wenn der Verf. sagt, es hänge blos von der Willkühr des Beklagten ab, ob er sich bejahend oder verneinend einlassen wolle. Es kann auch die heutige Anwendbarkeit jener Strafen mit Recht

64) *L.* 10. §. 1. *D. de fideiussor.* Das Gesetz redet zwar nur von der Wohlthat der Theilung, allein die Rechtsgelehrten dehnen dasselbe auch auf das beneficium ordinis aus. VOET in Comm. ad Pand. Tit. de fideiussoribus §. 18. CARPZOV Iurispr. for. P. II. C. 18. Def. 6. nr. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 2036. Wehrn theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtl. Einwendungen §. 60. lit. f. Anderer Meinung ist jedoch FALCKNER Disp. de inficiatione §. 42.

65) *L.* 67. §. *fin. D. pro Socio. L.* 22. §. 1. *D. de re iudicatâ.*

66) *L.* 1. §. 15. *D. Si quadrupes pauperiem fecisse dic.*

67) *L.* 25. *pr. D. de probat.*

Recht nicht bezweifelt werden, da der Grund derselben, den Justinian[68]) anführt; *non quod duris legibus delectemur, sed ut lites sic minuamus, quo metu poenae citius illi dicant, quae confiteri oportet,* auch noch heutiges Tages Statt findet. Mehrere Proceßordnungen haben daher dieselben namentlich bestätiget[69]), und die meisten practischen Rechtsgelehrten[70]) streiten für deren heutigen Gebrauch; wenn gleich unser Verfasser und einige andere Rechtsgelehrten[71])

68) *Nov. XVIII. cap.* 8.

69) Z. B. die Churf. Sächsische Proceßordnung Tit. XVI. §. 3. In der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 23. §. 52. sind jedoch, einige Fälle ausgenommen, wo das frevelhafte Läugnen den Verlust des Einwands, oder des Rechts nach sich zieht, meist fiscalische Strafen von 10. 20. bis 100 Rthlr. verordnet.

70) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. membr. 2. Cap. 5. §. 5. Not. ****. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 236. und §. 707. Oelße Anleitung zum gerichtlichen Proceß §. 120. f. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 181. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 61. *Ern. Frid.* PFOTENHAUER doctrina Processus cum Germ. tum praesertim Saxon. Elect. §. 264. MYLIUS cit. Diss. de poena inficiationis §. 16. Phil. Gäng Anleitung zum gemeinen ordentl. bürgerl. Proceß. Abth. 1. Hptst. 1. §. 193. Not. e. Quistorp in der angef. Abhandl. S. 40. f. u. a. m.

71) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 142. Not. g. S. 140. und Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1226. Allein man sehe STRYK Us. mod. Pandect. Lib. XLV. Tit. VII. §. 3—8. L. B.

in Absicht auf die Strafe des doppelten Ersatzes anderer Meinung sind.

Man hält indessen die vorbenannten Strafen heutiges Tages nur dann für anwendbar,

1) wenn der Beklagte selbst, nicht aber, wenn sein Sachwalter ohne Auftrag oder Genehmigung geläugnet hat[72]).

2) Wenn das Läugnen wirklich geschehen ist, nicht aber, wenn die Klage aus Ungehorsam des Beklagten für abgeläugnet angenommen wird[73]).

3) Wenn der Beklagte vorsätzlich und wider besseres Wissen und Gewissen, nicht aber, wenn er blos aus Irrthum geläugnet hat[74]).

4) Wenn der Beklagte bey seinem Läugnen bis zum Urteil beharret, und von dem, was er geläugnet hat, gerichtlich

a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 367. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XVI. Tit. 3. §. 29.

72) *L.* 16. § 1. *C. de fide instrum. Nov. XVIII. cap.* 9. LEYSER Spec. CXX. Cor. 3. Danz a. a. O. §. 181. Not. c.

73) Rettelblabt a. a. O. §. 708. Nach der Strenge des Rechts sollte jedoch der Ungehorsam des Beklagten gleiche Strafe nach sich ziehen. *L. 11. §. 4. et 7. D. de interrogat. in iure fac.* S. Wehrn im angef. Grundriß §. 61. Not. 2. S. 110.

74) LEYSER Specim. LXXXII. med. 8. et Spec. CXX. Cor. 3. Claproth a. a. O. §. 142. Not. g. am Ende. Allein nach der gesetzlichen Strenge sollte eine grobe Nachlässigkeit einem Dolus gleichgehalten werden. *L. 11. §. 11. D. de interrog. in iure fac.* wie auch Rettelblabt a. a. O. behauptet.

richtlich überführt worden ist[75]). Es muß nur aber derselbe auf eine andere Art, als durch des Klägers Eid, überführt worden seyn, daß er gefliſſentlich geläugnet habe. Denn hat der Beklagte dem Kläger den Eid deferirt, und dieser ihn geschworen, so fällt die Strafe weg, weil der Kläger durch den Eid von der Last des weitern Beweises befreyet worden ist[76]). Man will zwar auch noch

5) er-

75) Claproth a. a. O. Wehrn a. a. O. und Nettelbladt a. a. O. Gesteht der Beklagte, ehe er noch überführt worden ist, so fällt zwar die Strafe weg, aber die bereits verursachten Kosten muß Beklagter doch bezahlen. *Nov. XVIII. cap.* 8.

76) Bey denjenigen Klagen, wo das Läugnen des Beklagten die Strafe des doppelten Ersatzes nach sich ziehet, sagt dies wenigstens die *L.* 30. *pr. D. de iurciur.* ganz bestimmt. Eum, qui iuravit, ex ea actione, *quae inficiando crescit*, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere, PEDIUS ait: abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate; cum omissa hac parte Edicti, dupli actio integra maneat; et potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari. Mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß die actio dupli, des abgeschwornen Eides ungeachtet, doch noch Statt finde, wenn nämlich der Kläger omissa actione ex iureiurando, die Last des Beweises noch übernehmen wolle. So WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 224. pag. 880. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. XII. Tit. 2. Nr. XXXVII. not. a. et b. pag. 358. Allein man sehe dagegen *Aut.* FABER Rational. ad L. 30. pr. D. de iureiur. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. Cap. 5. nr. 22—24. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thesauro iur. civ. et canon.* Tom. II.

pag.

5) erfordern, daß der Kläger, wenn ihm das Läugnen nachtheilig ist, auf Bestrafung desselben angetragen haben müsse[77]). Allein in den Gesetzen ist dieses nicht vorgeschrieben, welche vielmehr die Verurtheilung des Läugnenden in die gesetzliche Strafe dem Richter zur angelegentlichen Pflicht machen[78]).

§. 502.

Allgemeine Grundsätze von der Litiscontestation und ihrer Form.

Die Einlassung auf die Klage ist nun

1) in jedem Proceß nöthig, weil vermöge derselben der wahre Streitpunct (status controversiae) bestimmt wird. Sie wird daher nicht nur in dem ordentlichen, sondern auch im summarischen Proceß erfordert[79]).

2) Sie

pag. 156.) *Guil.* BARCLAIUS Commentar. ad Tit. Pandect. de iureiurando, ad L. 9. §. 2. h. t. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 933.) und *Io.* VOET Commentar. ad Pand. Lib. IX. Tit. 2. §. 6. in fin. und Lib. XII. Tit. 2. §. 18.

77) S. Nettelblabt a. a. O.

78) *Nov. XVIII. cap.* 8. sagt: In talibus itaque omnibus modis condemnationem hoc fieri volumus modo: et si praeter haec egerit, iudicem scire, quia transcendens legem ipse tenebitur his poenis. S. Wehrn im angef. Grundriß §. 61. S. 108.

79) Wenn es in *Clem.* 2. *de Verbor. Signific.* heißt: in causis summariis iudex litis contestationem non postulat; so ist dies von einer feyerlichen Einlassung zu verstehen, welche in dem ordentlichen Proceß erfordert wird. S. WINCKLER cit. Diss. Sect. III. §. 1. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4382.

2) Sie muß ohne Einmischung der Einreden geschehen. Die dilatorischen müssen der Litiscontestation vorausgeschickt, die peremtorischen aber derselben angehängt werden.

3) Sie geht nur auf die zur Klage gehörigen relevanten Thatumstände. Bloße Rechtssätze machen keinen Gegenstand derselben aus, wofern nicht Thatumstände dabey zur Sprache kommen; z. B. wenn der Kläger sich auf Privilegien oder Gewohnheitsrechte gründet, die nicht notorisch sind.

4) Dasjenige, worauf sie gehet, muß in einzelne Sätze zergliedert werden, deren jeder einen Thatumstand und einen logisch richtigen Sinn enthält[80]). Diese einzelne Sätze durch Zahlen zu unterscheiden, erfordert die Deutlichkeit.

5. Die Erklärung über jeden dieser Sätze muß so geschehen, daß deutlich erhelle, was der Kläger einräumt, und was er läugnet. Der Beklagte muß sich daher aller zweydeutiger und unbestimmter Ausdrücke enthalten. Nur wenn von fremden Handlungen, oder von solchen die Rede ist, die schon vor langer Zeit geschehen sind, kann er mit nicht wissen, oder glauben antworten.

6) Die Einlassung muß ohne Anhang geschehen, das heißt, der Beklagte muß sich blos darüber erklären, was

80) Es ist daher eine fehlerhafte Einlassung, wenn die Antwort blos auf einzelne Worte der Klage geschieht, wie KLÜGEL in Diss. de litis contestatione capita quaedam contin. *Viteb.* 1782. Cap. 3. zeigt.

was er von dem factischen Inhalt der Klage als wahr einräumt, oder läugnet, ohne beyzufügen, ob und in wiefern das, was der Kläger vorgebracht hat, sich anders verhalte. Denn hat der Kläger das Factum unrichtig oder unvollständig vorgetragen, so kann der Beklagte nachher die exceptionem rei non sic sed aliter gestae anhängen, und nun den wahren Verlauf der Sache erzählen [81]).

§. 503.

Wirkungen der Litiscontestation.

Soviel endlich die Wirkungen der Litiscontestation betrifft, so haben selbige nach dem römischen Rechte ihren Grund vorzüglich darin, daß man diese Handlung gleichsam wie einen Contract betrachtete, wodurch nicht nur, gleich einer Stipulation, eine neue Verbindlichkeit begründet, sondern auch die Natur der angestellten Klage in mancher Rücksicht geändert wurde [82]). Durch die Litiscontestation, welche bey den Römern, wie bereits bemerkt worden, eine Bilateralhandlung war, machten sich nämlich die Partheyen verbindlich, den Rechtsstreit, so wie er angefangen worden, nicht nur fortsetzen und beendigen, sondern auch dem richterlichen Erkenntniß ein Genüge leisten zu wollen. Hierauf zielt unstreitig Ulpian [83]), wenn er sagt: Sicut stipulatione

81) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. I. membr. 2 Cap. 5. §. 6. und *Ern. God. Christ.* KLÜGEL Diss. de lite sine appendice contestanda. *Vitemb.* 1782.

82) WINCKLER cit. Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. Sect. II. MALBLANC Doctr. de iureiurando Lib. III. §. 39.

83) *L.* 3. §. 11. *D. de peculio.*

ne contrahitur, ita iudicio contrahi. Es wird zwar diese Stelle von den neuern Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt, und nicht alle sind darin einverstanden, daß die Litiscontestation gleichsam wie ein Contract sey angesehen worden [84]). Allein erwägt man, daß überhaupt die römischen Juristen gewohnt waren, die Form der Rechtsgeschäfte so einzukleiden, daß solche, soviel nur möglich, auf Contracten, welche freylich oft nur zum Schein angebracht wurden, beruhen möchten; kennt man ferner die hohen Begriffe des römischen Bürgers von seiner Freyheit, dem es unerträglich schien, daß man ihn zu etwas verurtheilte, wozu er sich nicht freywillig anheischig gemacht hatte [85]); so scheint es, schon von dieser Seite betrachtet, eben keine seltsame Idee zu seyn, wenn man der Litiscontestation, welche überhaupt mit der Stipulation so viel Aehnlichkeit hatte, die Verbindlichkeit eines Contracts beylegte. Es läßt sich aber auch nicht füglich anders erklären, wenn Ulpian sagt, daß in solchen Fällen, wo sonst die actio de peculio gegen den Vater nicht Statt findet, z. B. wenn der Sohn ein Delict oder Quasidelict begangen hat [86]), der Vater gleichwohl actione

84) *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Diss. II. Cap. III. §. 27. et Diss. VI. Cap. §. 11. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. 6. §. 2. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 27. S. 82.

85) CICERO *pro Balbo* cap. 13. et *pro domo* cap. 30. Weber systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 8. u. 9.

86) *L.* 58. *D. de Reg. iur.* Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. Denn der Vater giebt dem Sohn das Peculium nicht dazu, daß er es zu unerlaubten Hand-

actione iudicati de peculio belangt werden könne, als daß diese Klage in einer solchen Verbindlichkeit ihren Grund haben müsse, die einem Contract ähnlich ist. Denn daß aus jedem Contract oder Quasicontract des Sohnes die actio de peculio gegen den Vater begründet war, ist bekannt. Diesen sind nun auch die Worte: *Proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem*, welche **Westenberg** der gemeinen Meinung entgegen setzt, so wenig entgegen, daß sie vielmehr solche vorzüglich bestätigen. Denn der Sinn derselben geht, wie auch schon **Heinrich Brenkman**[87]) bemerkt hat, unstreitig dahin, daß wenn gleich bey Verbrechen Anfangs nur der Sohn belangt werden kann, so begründet doch nachher die Litiscontestation auch eine Klage wider den Vater de peculio, welcher nun eben so actione iudicati belangt werden kann, als wenn der Sohn einen Contract geschlossen hätte. Daß durch die Litiscontestation auch eine **Novation** bewirkt wird, soweit sie nämlich dem Kläger vortheilhaft ist, läßt sich, wenn auch gleich **Westenberg**[88]) diesen Satz bestreiten will, dennoch eben so wenig bezweifeln. **Ulpian**[89]) sagt ausdrücklich: Fit autem delegatio vel per stipulationem

Handlungen gebrauche, sondern daß er darüber mit andern Verträge schliesse, und auf eine erlaubte Art etwas damit zu erwerben suche. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. de peculio Nr. XXX. not. q.

87) Diatr. de Eurematicis, s. Commentar. in HERENNII MODESTINI *librum sing. περι Ευρηματικων.* (*Lugd. Batav.* 1706. 8.) Cap. XII. §. XIV. nr. 2. pag. 266.

88) Cit. loc. Diss. VI. cap. 5. §. 13. sqq.

89) *L.* 11. *D. de novat. et delegat.*

tionem vel per litis conteſtationem; und Paulus [90]) bemerkt noch den Unterſchied: Aliam cauſam eſſe novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, und beweißt dieſes durch mehrere Beyſpiele, um zu zeigen, daß dieſe Novation, welche durch die Litisconteſtation geſchiehet, nur in ſo weit Statt finde, als ſie dem Kläger zum Vortheil gereicht. Denn er ſetzt hinzu: *Neque enim deteriorem cauſam noſtram facimus actionem exercentes, ſed meliorem; ut ſolet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri poſſunt* [91]).

Die Wirkungen des Litisconteſtation beſtehen nun nach dem Röm. Recht darin:

1, in Abſicht auf die Klage.

a) Dieſe wird durch die Litisconteſtation dergeſtalt perpetuirt, daß wenn ſie vorher nur eine Temporalklage war, ſie nun erſt nach dreyßig Jahren, eine perpetuirliche Klage aber erſt nach vierzig Jahren erlöſcht [92]). Nach dem ältern Röm. Rechte war zwar der

90) *L. 29. D. eodem.*

91) Man vergleiche auch die *L. 86.* u. *L. 87. D. de Reg. iur.* und DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib XVI. cap. 20. pag. 933. und in Commentar. ad Tit. XLII. Lib. VIII. Cod. de novationibus nr. 10. et 11. pag. 710.

92) *Iac.* CUJACIUS Obſervat. iur. Rom. Lib. XVIII. cap. 29. *Franc.* HOTOMANNUS Obſervation. Lib III. cap. 28. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Diſput. XII. Th. 2 Lit. E. v. *Et temporalibus.* HOPACKER Princip iur. civ. T. III. §. 4333. und Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 987. Andere behaupten jedoch, daß nach der Litisconteſtation alle Klagen,

der Kläger gegen alle Verjährung auf immer gesichert, wenn einmahl lis war contestirt worden[93]). Allein Kr. Theodosius beschränkte zuerst diese ewige Dauer der Klagen in einen Zeitraum von dreyßig Jahren[94]). Kr. Valentinian III. änderte dieses zwar dahin ab, daß wenn eine Klage erst nach Verlauf von fünf und zwanzig Jahren, von Zeit ihrer Entstehung an gerechnet, wäre angestellt worden, solche nachher nur noch zehen Jahre dauern sollte[95]). Allein Justinian hob diesen Unterschied wieder auf,

ohne Unterschied, und also auch Temporalklagen erst in 40 Jahren erlöschen. S. *Io. Iac.* WISSENBACH in Commentario ad L. ult. Cod. de praescript. XXX vel XL. annor. pag. 709. *Fr.* RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib. VII. pag. 631. sqq. WINCKLER cit. Dissert. Sect. II. §. 4. *Christ. Frid.* POHL Diss. de fatis praescriptionis longissimi temporis ex legibus Iustiniani. *Lipsiae* 1780. §. 5. und *Dan.* SCHÜTTE Diss. de praescriptione litispendentiae. *Goettingae* 1784. Cap. II. §. 5. sqq.

93) *L. ult. §. 1. in fin. D. de fideiussor. tutor. L. 9. §. 3. D. de iureiur. L. 24. pr. D. de liber. causa. L. 139. D. de Reg. iur. Princ. I. de perp. et tempor. act.*

94) *L. un. C. Theod. de act. certo tempore finiend. L. 3. C. de praesc. XXX. vel XL. annor.* Der Urheber dieser Verordnung ist nicht Theodosius der Große, sondern Theodos der Jüngere, wie schon an einem andern Orte bemerkt worden ist. (Commentar 3. T. §. 277. S. 560. Not. 5.) Man sehe auch *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 3. de praescr. XXX. vel XL. annor. pag. 255.

95) *Nov. de episcopali iudicio.* (in Collect. Novellar. Constitut. Impp. Iustiniano anterior. perpet. comment. illustr. opera *Io. Dan.* RITTERI Lib. II. Tit. 12.)

auf, weil derjenige, welcher durch Anstellung der Klage und erfolgte Litiscontestation sein Recht zu verfolgen angefangen hat, an dessen Fortsetzung aber durch die Macht und Chikane seines Gegners oder durch andere Zufälle verhindert worden ist, mehr Begünstigung verdiene, und demjenigen nicht gleich zu achten sey, welcher sich seines Rechts gar nicht bedient hat. Er verordnete daher, daß wenn der Kläger nach der litiscontestation die Klage liegen ließe, dieselbe nicht in dreyßig, sondern erst nach vierzig Jahren, von dem letztern Schritt, der im Proceß geschehen, an gerechnet, erloschen seyn solle[96]).

b) Wenn die Klage sonst nicht auf die Erben übergehet, so bekommt sie nun durch die litiscontestation die Eigenschaft, daß sie sowohl von den Erben des Klägers, als gegen die Erben des Beklagten fort-

 gesetzt

96) *L. ult. C. de praefer. XXX. vel. XL. annor. L. 1. §. 1. Cod. de annali except.* VOET ad Pandect. h. t. §. 55. will behaupten, daß Justinian jene Perpetuität der contestirten Klagen durch die *L. 13. §. 1. C. de iudiciis* wieder aufgehoben, und dagegen verordnet habe, daß jede Klage, welche nach ihrer Anstellung nicht fortgesetzt worden ist, nach Ablauf von drey Jahren erloschen seyn solle. Allein das Gesetz enthält von einer solchen Abänderung nichts, sondern will nur so viel sagen, daß der Beklagte nach drey Jahren eine Entbindung von der Instanz erhalten kann: *velum s cum ab observatione iudicii relaxare*, wie Justinian §. 2. cit. L. 13. sagt. Man sehe CUJACIUS Lib. IX. Obs. 22. et Lib. XVIII. c. 29. *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib. VII. pag. 632. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 25. und besonders SCHÜTTE cit. Diss. Cap. II. §. 9. et 10.

gesetzt werden kann[97]). Dies ist der Fall bey den Pönal- und Injurienklagen.

c) Wenn

97) §. 1. *I. de perpet. et temp. act.* *L. ult.* §. 1. *D. de fideiussor. tutor.* *L.* 26. *L.* 58. *D. de obligat. et action.* *L.* 87. *L.* 139. *L.* 164. *D. de Reg. iur.* *L.* 13. *pr. D. de iniuriis.* Es scheint zwar, daß nach der *L.* 33 *D. de obligat. et act.* eine Pönalklage schon auf die Erben des Beklagten übergehe, wenn sie nur gegen den Verbrecher noch bey dessen Leben angestellt worden, obgleich die Litiscontestation noch nicht erfolgt war. Constitutionibus, sagt Paulus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, *si vivus conventus fuerat*, etiam poenae persecutionem transmissam videri, *quasi lite contestata cum mortuo.* Wirklich behaupten dieses auch CUJACIUS in commentar. ad L. 26. 33. et 58. D. de obligat. et act. VINNIUS in Comment. ad §. 1. I. de perpet. et tempor. act. *Ianus a* COSTA in Praelection. ad illustriores quosd. Titulos, locaque select. iur. civ. (*Ludg. Bat.* 1773. 4.) pag. 209. und PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. II. cap. 1. pag. 4. sqq. Man sagt, es sey dies gegen die sonstige Regel des Civilrechts durch die Verordnungen der Kaiser eingeführt worden. Allein erwägt man, daß eben dieser Paulus zur Transmission einer Pönalklage auf die Erben an andern Orten die Litiscontestation ausdrücklich erfordert; *L.* 24. *pr. D. de lib. causa.* *L.* 87. *D. de Reg. iur.* *L.* 164. *D. eodem.* daß auch eben dieses die einstimmige Meinung des Ulpians, *L.* 26. *D. de obligat. et act.* und *L.* 28. *D. de iniur.* und des Callistratus sey, *L.* 58. *D. de obligat. et act.* daß ferner die Kaiser selbst, nämlich sowohl Diocletian und Maximian *L. un. Cod. Ex delict. defunct. in quantum hered. conven.* als Justinian §. 1. *I. de perpet. et temp. act.* eben diese Wirkung nur der Litiscontestation zuschreiben, und daß es endlich nicht nöthig gewesen wäre, in der *L.* 1. *C. Quando libellus princ. dat. lit. contest. fac.* der Einreichung einer Klagschrift bey dem Regenten und der darauf erfolgten Rescripts-

c) Wenn die Klage eine Noxalklage ist, und das schädliche Thier nach der Litiscontestation stirbt, so bleibt

 wenig-

scriptserlassung die Wirkung der Litiscontestation in sofern beyzulegen, daß die Klage auf die Erben übergehen könne, wenn schon die bloße Anstellung der Klage nach den Verordnungen der Kaiser zu Paulus Zeiten diese Wirkung hervorgebracht hätte; so entstehen hier Schwierigkeiten, die sich so leicht nicht heben lassen. Die Glossatoren, denen auch *Pet.* FABER in Comm. ad L. 86. et 87. D. de Reg. iur. *Hub.* GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. ad L. 33. D. de obligat. et act. pag. 601. und BAVIUS VOORDA in Notis ad *Iani a* COSTA praelection. cit. pag. 209. not. y. beypflichten, glauben nicht, daß die L. 33. cit. eine Abänderung des ältern Rechts enthalte, sondern sie verstehen die Worte des Paulus so, daß die Klage auf Privatstrafe sodann gegen die Erben des Verbrechers fortgehe, wenn dieselbe noch bey dessen Leben angestellt, und eine Litiscontestation erfolgt wäre. Die Worte: *quasi lite contestata cum mortuo*, zeigten also hier keine Impropriétät, keine Fiction, sondern ipsam rei veritatem an, und wollten so viel sagen: *utpote* oder *quippe lite contestata cum mortuo.* Allein daß die L. 33. keine bloße Bestätigung jenes Rechtsgrundsatzes enthalte, zeigen die Worte: *Constitutionibus placuit*, ganz deutlich an. Andere wollen daher der Schwierigkeit durch eine Veränderung des Textes abhelfen, und lesen *transmissam non videri.* So Haloander und Baudoza. Allein die gemeine Lesart bestätiget die Florentinische Handschrift der Pandecten; S. IAUCHIUS in Meditat. crit. de Negationibus Pandect. Flor. Cap. 5 pag. 84. Nach jener Lesart würde auch die Particul *etiam* ganz ohne Bedeutung da stehen. Andere erklären diese Stelle von einer Criminalklage, welche auf eine öffentliche Geldstrafe wider den Verbrecher angestellet worden ist; als *Ant.* FABER Conjectur. Lib. VII. cap. ult. *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. IV. cap. 2. und *Iac.*

VOOR-

wenigstens die Verbindlichkeit zum Schadenersatz noch fortdauernd; dahingegen hebt dieser Todesfall die Klage

VOORDA Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 19. Allein diese Meinung widerlegen theils die Worte: *si vivus conventus fuerat*, welche bey einer Criminalklage nicht gebräuchlich sind, wie auch Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 38. S. 94. bemerkt hat: theils lehrt die *L. 20. D. de accusat.* daß bey öffentlichen Verbrechen die Geldstrafe nur dann von den Erben gefordert werden kann, wenn die Verurtheilung des Verbrechers noch bey dessen Leben erfolgt ist. Die letztern Worte dieser Stelle aber: *Ex caeteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta*, sind blos von Privatverbrechen zu verstehen, wie Kleinschrod a. a. O. erwiesen hat. Sie würden also, wenn sie nach den Worten erklärt werden könnten, vielmehr einen neuen Beweis geben, daß die Strafe bey Pönalklagen auf die Erben übergehe, wenn nur die Klage gegen den Verbrecher noch bey dessen Leben wäre angestellet worden, was sich aber doch mit andern Gesetzen nicht vereinigen läßt. VOET ad Pand. h. t. §. 149. weiß sich endlich nicht anders zu helfen, als eine Interpolation des Tribonians anzunehmen, zu dessen Zeiten die Verjährung auch durch die bloße Citation sey unterbrochen worden; welches aber bey so vielen andern Stellen, die die Wirkung der Transmission bey den Pönalklagen der Litiscontestation zuschreiben, höchst unwahrscheinlich ist. Unter allen Erklärungen der L. 33. scheint daher diejenige das meiste für sich zu haben, nach welcher diese Stelle aus der *L. 10. §. 2. D. Si quis caut. in iud. sist. c. fact.* erklärt, und von dem Falle verstanden wird, da der Beklagte aus Ungehorsam und Chikane nicht mit dem Kläger litem contestirt hat. Dies lehren die Worte: quia si ad iudicium venisset,

ge ganz auf, wenn er vor der Litiscontestation erfolgt ist[98]).

2) In Absicht auf den Gegenstand des Processes. Dieser wird

a) durch die Litiscontestation dergestalt streitig, daß nun der Beklagte die in Anspruch genommene Sache weder veräussern, noch sonst eine Veränderung zum Nachtheil des Klägers mit derselben vornehmen darf[99]). Hat er selbige von dem Orte, wo die Klage wider ihn angestellet worden, weggebracht, so muß er sie auf seine Kosten wieder herbeyschaffen[100]). Die Sache muß also unverändert in dem Zustande gelassen werden, in welchem sie sich zur Zeit der Litiscontestation befand[1]). Von dieser Zeit an muß daher

nisset, litem cum eo contestari actor potuisset, welche *Ant.* FABER in Rational. ad L. 10. cit. ohne hinlänglichen Grund für einen Zusatz des Tribonians hält. Diese Erklärung haben CARPZOV Lib. III. Respons. 39. *Hartm.* PISTOR Quaestion. iuris P. I Qu. 27. nr. 7. et 8. LAUTERBACH in Disp. de transitione actionum. *Tubing.* 1653. Th. 38. u. a. m.

98) *L. 1. §. 13. et 16. D. Si quadrupes pauper. fec. dic. Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Tit. Dig. de div. Reg. iuris ad L. 139. h. t. pag. 586.

99) *L. 13. D. famil. erciſc. L. 1. Cod. Communi divid. Tot. Tit. Dig. et Cod. de litigios.*

100) *L. 12. D. de Rei vindicat.*

1) *L. 2. D. de uſur. et fruct. L. 91. §. 7. D. de legat. I.* Wo es heißt: Causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori; et *quale est, cum petitur, tale dari debet.* Daß der Ausdruck *cum petitur:* das tempus iudicii coepti andeute, lehrt *L. 15. D. Ratam rem haberi.*

b) auch selbst der redliche Besitzer alle Früchte der Sache restituiren, und zwar nicht nur diejenigen, welche er wirklich geärndet hat, sondern auch die, welche bey angewandtem gewöhnlichen Fleiß eines guten Wirths noch hätten gezogen werden können [2]). Er muß ferner für alle Deteriorationen haften, welche er mit Vorsatz oder durch seine Schuld verursacht hat [3]), und überhaupt dem Kläger alles dasjenige prästiren, was derselbe gehabt hätte, wenn ihm die Sache zur Zeit der litiscontestation wäre ausgeliefert worden [4]). Daher die Regel: *Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse* [5]); welche nachher durch die Erklärung der Röm. Rechtsgelehrten dergestalt erweitert wurde, daß man den Anfang der malae fidei des Besitzers sogar auf die Zeit zurück rechnete, da derselbe von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhalten hat [6]). Der Beklagte bleibt aber doch von einem solchen

2) *L. 1. §. 1. C. de petit. heredit. L. 22. Cod. de Rei vindic. L. 2. C. de fruct. et lit. expens. §. 2. I. de offic. iud.*

3) *L. 45. D. de Rei vind. L. 4. §. 2. D. fin. regund. L. 25. §. 8. D. de aedil. edicto.*

4) *L. 40. pr. D. de heredit. petit. L. 20. D. de Rei vindicat. L. 31. D. de reb. credit.*

5) *L. 25. §. 7. D. de heredit. petit. L. 45. D. de rei vindicat.*

6) *L. cit. 25. §. 7. D. de hered. petit.* wo Ulpian die Worte beyfügt: quin immo post controversiam motam; und in der *L. 20. §. 11. D. eodem* sagt eben dieser Jurist: Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor. Man sehe auch *L. 31. §. 3. D. eodem. Franc. de* AMAYA Observat. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 31. et 32. glaubt zwar, dies gelte nur von der Erbschaftsklage. Bey der Reivindication hingegen und andern Klagen trete die mala fides des Besitzers nicht vor der Litis-

chen unredlichen Besitzer, der es von Anfang an gewesen, dadurch sichtbar unterschieden, daß er für keine Unglücksfälle haften darf, wenn sie auch die Sache in des Klägers Gewahrsam nicht betroffen haben würden[7]). Denn eigentlich kann man doch nicht sagen, daß der bonae fidei possessor durch die ihm geschehene Edition der Klage schon immer gleich die vollkommene Ueberzeugung von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes erhält, als welche erst vom Beweiß des Klägers abhängt; sondern es wird dadurch nur eigentlich seine bona fides wegen des ungewissen Ausgangs des Processes wankend gemacht[8]). Er wird also durch die Litiscontestation nicht *naturaliter* in malam fidem versetzt, sondern nur *civiliter* in Rücksicht gewisser rechtlicher Folgen einem malae fidei possessori gleich geachtet, wie §. 567. weiter gezeigt werden soll[9]).

Litiscontestation ein. Allein daß dieser Unterschied ungegründet sey, hat schon *Ant.* FABER Rational. ad L. 25. §. 7. D. de heredit. petit. gezeigt.

7) *L. 16. pr. et §. 1. D. de Rei vindicat. L. 40. princ. D. de heredit. petit.*

8) *L. 10. C. de acquir. vel retin. poss.*

9) Man vergleiche hier vorzüglich *Christph. Christ.* HASSE Diss. de litis contestatione an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. *Goettingae* 1780. *Io. Frid. Guil.* SCHLEGEL Diss. de discrimine inter possessionem bonae et malae fidei eiusque effectu civili secundum iuris Rom. principia. *Havniae* 1790. Sect. I. §. 6. nr. 5. et 6. Ernst Christ. Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum u. Verjährung §. 933. ff. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 987. Not. 2.

WINCK-

3) In Ansehung der streitenden Theile. Diese müssen

a) den Proceß bey dem Richter fortsetzen, dessen Gerichtsbarkeit sie durch die Litiscontestation einmahl anerkannt haben. Daher die Regel: *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet* [10]). Dies gilt auch von ihren Erben, wie Javolen [11]) sagt: Si is, qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet.

b) Wenn sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer der Sache ausgegeben, weswegen ihn der Kläger, der ihn für den Besitzer hielt, in Anspruch genommen hat, und er hat sich einmahl auf den Rechtsstreit eingelassen (liti se obtulit); so muß er nun auch die Sache mit dem Kläger ausmachen, und er kann zum Ersatz des Werths und alles übrigen Interesse verurtheilt werden [12]), wenn er nicht beweisen kann, daß der Kläger das Gegentheil gewußt habe [13]). Denn in diesem Falle hätte sichs der Kläger freylich selbst zuzuschreiben, daß er ohne Nutzen Jeman-

WINCKLER cit. Diss. Sect. II. §. 8. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1676.

10) *L. 30. D. de iudiciis.*

11) *L. 34. D. eodem.*

12) *L. 25. et 27. pr. D. de Rei vind. L. 13. §. 13. D. de hereditat. petit. L. 45. D. eodem. Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746.

13) *L. 45. D. de hereditat. petit.*

manden in Anspruch genommen, den er nur als Besitzer belangen konnte [14]). Endlich

c) erlangt der Procurator durch die Litiscontestation das Eigenthum des Rechtsstreits [15]), von dessen Wirkungen schon bey einer andern Gelegenheit gehandelt worden ist [16]).

Hieraus erhellet nun, wie wahr es sey, wenn Paulus sagt: daß durch die Litiscontestation die Lage des Klägers nicht verschlimmert, sondern meist verbessert werde [17]).

Heutiges Tages läßt sich

1) bey der Einlassung auf die Klage kein Quasi Contract mehr annehmen [18]). Denn

a) gehört überhaupt die ganze Theorie des Röm. Rechts von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu zu den übertriebenen Subtilitäten, wovon der Grund, wodurch die römischen Juristen veranlaßt wurden, alle Rechte und Verbind-

14) *L. 26. D. de Rei vindicat.* Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 922.

15) *L. 4. §. ult. D. de appellat.*

16) Commentar 5. Th. 1. Abth. §. 390. S. 243. f.

17) *L. 86. D. de Reg. iur.* Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt; sed plerumque melior. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 86. D. de Reg. iur. pag. 402.

18) WINCKLER cit. Diss. de discrim. L. C. vet. et hod. Sect. III. §. 2. p. 56. Anderer Meinung ist jedoch HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4383.

bindlichkeiten, soviel möglich, auf Contracte zu reduciren, bey uns ganz wegfällt [19]).

b) Ist die heutige Litiscontestation keine Bilateralhandlung mehr, sondern eine bloß einseitige Handlung des Beklagten. Endlich

c) bedarf es auch h. z. T. keiner besondern Willenserklärung der Partheyen mehr, daß sie den Proceß, so wie er angefangen worden, fortsetzen, und dem Erkenntniß ein Genüge leisten wollen. Denn die Wirkung der Litispendenz ist schon Folge einer gehörig insinuirten Citation. Von dieser Zeit an dürfen vermöge der *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innovetur* keine Neuerungen vorgenommen werden, sondern es muß dem Proceß in der Maaße, wie er anhängig gemacht worden ist, sein Lauf gelassen werden. So wenig also der Beklagte die in Anspruch genommene Sache veräussern, oder sonst Veränderungen damit vornehmen darf, so wenig findet auch eine Veränderung des Gerichtsstandes weiter Statt [20]). Endlich daß der Beklagte das leiste, wozu er verurtheilt worden ist, dazu bedarf es auch seiner Einwilligung nicht, sondern dazu kann er wider seinen Willen angehalten werden. Dahingegen finden

2) die Wirkungen der Novation auch noch heut zu Tage Statt. Winkler [21]) läugnet zwar, daß durch die

19) S. Herrn Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 29. S. 90.

20) *Cap. 19. X. de foro competente.* S. meinen Commentar 3. Th. §. 236. d. S. 350. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4350. und WINCKLER cit. Diss. Sect. III. §. 5.

21) Diss. cit. Sect. III. §. 2.

die heutige Litiscontestation eine Novation bewirkt werden könne, weil diese nur eine Folge des Quasi-Contracts war. Allein er kann doch selbst nicht läugnen, daß die Folgen der Novation auch noch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche gelten. Wenn daher auch gleich h. z. T. schon durch die Citation die Verjährung unterbrochen wird; so sind doch darin unsere practische Rechtsgelehrten [22]) einverstanden, daß die Klagen erst durch die Litiscontestation perpetuirt werden, und solche Klagen, die sonst mit dem Tode des Klägers oder des Beklagten erlöschen, auch heutiges Tages erst nach der Einlassung auf die Erben übergehen.

§. 504.

Findet Aenderung der Klage noch nach der Litiscontestation Statt? Unterschied zwischen Aenderung, Verbesserung und Erläuterung der Klage.

Zu den vorzüglichen Wirkungen der Litiscontestation rechnet man gewöhnlich auch noch die, daß nach derselben keine Aenderung der Klage mehr Statt findet. Man versteht nämlich unter Aenderung der Klage, wenn entweder ein ganz anderer Klagegrund substituirt, oder mit Beybehaltung des Klagegrundes die Klage auf einen andern Gegen-

22) CARPZOV Iurisprud. for. P. IV. Const. XLVI. Def. 6. et Responsa iuris Lib. III. Tit. IV. Resp. 38. BERGER Oecon. iuris L. II. Tit. II. §. 26. Not. 13. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 316. a PUFFENDORF Observat. iur. univ Tom. IV. Obs. 94. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 69. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. pag. 4385. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 38. und Höpfner im Commentar über die Institutionen. §. 987. nr. 4. und Not. 4.

Gegenstand gerichtet wird. Eine solche Aenderung der Klage ist zwar vor der Litiscontestation, wenn die Kosten erstattet werden, ohne allen Zweifel erlaubt; nachher aber findet sie nicht mehr Statt, sondern der Kläger muß die angestellte Klage fallen lassen, dem Beklagten alle Kosten ersetzen, und den Proceß von neuen anfangen. Denn eine neue Klage, sagt unser Verf. erfordert eine neue Einlassung; ist diese nun aber einmahl geschehen, so kann sie in dem nämlichen Proceß nicht noch einmahl verlangt werden. Anders ist es, wenn die Klage blos verbessert oder erläutert wird. Eine Verbesserung der Klage geschieht, wenn alles Vorige im Wesentlichen bleibt, und nur eine in der Klagschrift eingelaufene Unrichtigkeit abgeändert, oder eine Nebenverbindlichkeit nachgeholet wird. Z. B. wenn der Kläger in Absicht auf die Größe der geforderten Schuld, oder in Ansehung der geforderten Münzsorte, oder in Ansehung der Zeit der contrahirten Schuld einen begangenen Irrthum berichtiget, oder die in der Klage vergessenen Früchte und Zinsen noch nachher fordert. Eine Erläuterung der Klage (declaratio libelli) geschieht hingegen, wenn der Kläger dasjenige, was er in der Klage nicht bestimmt genug vorgetragen hat, nachher näher bestimmt, und deutlicher erklärt. Beydes ist sowohl vor als nach der Litiscontestation solange erlaubt, als in der Hauptsache noch nicht geschlossen ist. Alles dieses ist nun nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht dem mindesten Zweifel unterworfen [23]). Allein desto mehr wird darüber gestrit-

23) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. I. cap. 1. §. 14. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 750. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4375. Clap-

roth

gestritten, ob und wie lange nach dem Römischen Rechte die Aenderung der Klage erlaubt sey? Daß sie vor der Litiscontestation Statt habe, ist in der *L.* 3. *Cod. de edendo* deutlich entschieden, wo es heißt: *Edita actio* speciem futurae litis demonstrat: *quam emendari vel mutari licet*, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas. Die hier beygefügten Bedingungen bestehen, wie Hugo Donellus [24]) ganz richtig bemerkt, darin: 1) daß die abgeänderte Klage dem Beklagten aufs neue edirt, auch ihm deshalb eine neue Bedenkzeit gestattet werde; und 2) daß ihm die Kosten ersetzt werden müssen. Ob aber das Röm. Recht die Aenderung der Klage auch noch nach der Litiscontestation in eodem iudicio erlaube, ist sehr zweifelhaft. Verbindet man mit der oben angeführten L. 3. die L. un. C. de lit. cont. welche, wie schon bey einer andern Gelegenheit bemerkt worden ist, ursprünglich zusammen gehört, und eine Verordnung ausgemacht haben, so scheint es, daß die Frage zu verneinen sey. Denn aus der Verbindung beyder Stellen ergiebt sich, daß die Kr. Severin und Antonin den Unterschied inter litem contestatam und editam actionem, vorzüglich in Rücksicht auf die Aenderung und Verbesserung der Klage, zeigen wollen, wie auch Gerhard Noodt [25]) bemerkt hat. Nun sagen sie: *Inter litem contestatam et editam actionem per-*

roth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 133. Danz Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes §. 487. *Ferd. Gotth.* FLECK Diss. de discrimine inter mutationem et emendationem libelli. *Lipsiae* 1790.

24) Comment. ad L. 3. C. de edendo pag. 10.

25) De iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 13. pag. 111.

permultum intereſt; und bemerken nur von der letztern, daß es erlaubt ſey, dieſe zu ändern und zu verbeſſern, quia edita actio tantum ſpeciem futurae litis demonſtrat. Einen andern Grund für dieſe Meinung giebt die Natur der römiſchen Litisconteſtation, vermöge welcher die Partheyen quaſi ex contractu verbunden waren, den Proceß, ſo wie er angefangen iſt, fortzuſetzen und zu beendigen. So wie nun kein Theil wider den Willen des Andern von einem geſchloſſenen Contract wieder abgeben darf, ſo konnte ja auch der Kläger nicht wider den Willen des Beklagten eine neue Klage ſubſtituiren. Noch mehr beſtätigt dieſe Meinung die alte Römiſche Proceßform, vermöge welcher die Sache nach der Litisconteſtation an den iudicem pedaneum verwieſen wurde. Dieſer mußte ſich aber an ſeine Inſtruction (formulam iudicii) halten, und konnte über keine andere Klage erkennen, als welche in der Formel des Prätors enthalten war, die Klage mochte ſtricti iuris oder bonae fidei ſeyn. Dies lehrt **Javolen**[26]), welcher bey Gelegenheit einer Theilungsklage ſagt: ultra id, quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtas iudicis non poteſt. Aus dieſen Gründen behaupten daher die meiſten Rechtsgelehrten[27]), daß nach der Litisconteſtation auch das Römiſche Recht keine Aenderung der Klage in der nämlichen In-

26) *L. 18. D. Communi divid.*

27) Man ſehe NOODT c. l. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. II. Tit. XIII. §. 11. *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 35. I. de actionib. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. 1. cap. 17. WINCKLER cit. Diſſ. de diſcrim. L. C. iure vet. et hod. Sect. II. §. 6. pag. 40. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Tit. de Edendo Qu. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4375. u. a. m.

Instanz gestatte, sondern der Kläger müsse einen neuen Proceß anfangen, und dem Beklagten wegen der vergeblich angestellten Klage alle Kosten erstatten, obwohl er übrigens die neue Klage vor eben dem Richter anstellen könne. Man pflegt dies noch insonderheit mit dem Ausspruch des Paulus[28]) zu bestärken, welcher sagt: Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset: *ideoque alia interpellatione opus est.* Diesen Gründen haben nun aber Donellus[29]), Giphanius[30]), Voet[31]), und Wissenbach[32]) so viel entgegen zu setzen gewußt, daß man sich nicht wundern darf, wenn mehrere Rechtsgelehrten geradezu behaupten, daß nach dem Römischen Rechte die Aenderung der Klage ohne Unterschied sowohl vor als nach der litiscontestation und zwar in dem nämlichen Proceß erlaubt sey[33]). Die meiste Schwierigkeit macht unstreitig §. 35. *I. de action.* wo Justinian sagt: Si quis aliud pro alio intenderit; nihil eum periclitari placet, sed *in eodem iudicio*, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti, si is, qui hominem Stichum petere

28) *L.* 23. *D. de iudiciis.*

29) Commentar. ad L. 3. Cod. de Edendo. pag. 11. sqq.

30) Explanat. difficilior. ac celebrior. Legum Cod. ad L. 3. Cod. de Edendo. pag. 34. sqq.

31) Comment. ad Pandect. Lib. II. Tit. XIII. § 9.

32) Exercitat. ad Pandect. Part. I. Disput. VIII. §. 20.

33) VINNIUS in Comment. ad §. 35. I. de actionib *Ian. a* COSTA in Comment. ad eund. §. 35. I. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. VII. §. 9. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. II. Tit. XIII. §. 12.

tere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento sibi dare oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur. Daß **Justinian** hier etwas ganz Neues habe verordnen wollen, wie **Janus a Costa** behauptet, welcher daher statt permittitur *permittimus* lieset, ist darum nicht glaublich, weil auch schon **Paulus**[34]) die Aenderung der Klage für zuläßig hält, so lange der Proceß noch nicht geendiget ist. Si detracta noxae deditione, sagt dieser Jurist, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta, et finito iudicio, amplius agendo cum noxae deditione, exceptione rei iudicatae summovebitur: quia res in superius iudicium deducta, et finita est. *Donec autem prius iudicium agitatur*, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque, si cum eo, qui scit, cum noxae deditione actum sit: amplius in dominum, detracta noxae deditione, danda actio non est. *In ipso autem iudicio*, si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus. Andere[35]) wollen daher diese Stellen so verstehen, daß der Kläger, um die Klage zu ändern, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe suchen müssen; und weil diese Restitution heut zu Tage nicht mehr nöthig sey, so könne von der Vorschrift des Römischen Rechts kein Gebrauch mehr gemacht werden[36]). Dagegen hat nun aber freylich schon **Voet**[37]) nicht

34) *L.* 4. §. 3. *D. de noxal. act.*

35) NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 13. pag. 111. WINCKLER c. l. HOFACKER c. l.

36) *de* COCCEJI c. l. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e.

37) Cit. loc. pag. 123.

nicht ohne Grund erinnert, daß in keiner der angeführten Stellen von einer prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Rede sey. Es läßt sich daher auch hierdurch die Schwierigkeit eben so wenig heben, als wenn Andere[38]) die Worte Justinians: *in eodem iudicio* so erklären wollen, daß die abgeänderte neue Klage apud eundem iudicem angestellt werden könne. Denn wer die römische Bedeutung des Worts iudicium kennt (§. 495.), kann wohl dem Wissenbach[39]) nicht Unrecht geben, wenn er diese Erklärung eine violentam interpretationem nennt. Die Sache bleibt also nach dem Römischen Rechte zweifelhaft.

§. 505.

Hauptpersonen beym Proceß. Haupterfordernisse des Richters.

Die Hauptpersonen, welche bey dem Proceß vorkommen, sind

1) die streitenden Theile, nämlich der Kläger und der Beklagte. Ersterer ist derjenige, welcher durch ein gerichtliches Rechtsmittel sein Recht gegen einen andern dergestalt verfolgt, daß er dadurch zuerst die Sache an die Richter bringt, und von demselben verlangt, daß er ihm durch Verurtheilung seines Gegners zu seinem Recht verhelfe. In summarischen Sachen wird er Implorant, auch Impetrant genennt. Der Beklagte hin-

38) HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 35. pag. 511. und MARCKART cit. Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 17. pag. 117.

39) Disputat. ad Institut. Disput. XLVI. §. 80.

hingegen ist derjenige, wider welchen geklagt wird, oder welcher von dem Kläger gerichtlich in Anspruch genommen wird, dieser heißt im summarischen Proceß Implorat, auch Impetrat. Zuweilen können beyde Theile in dem nämlichen Proceß Kläger und Beklagter zugleich seyn. Dies ist der Fall bey den iudiciis duplicibus, z. B. bey den Theilungsklagen (§. 716.)[40]. Die Partheyen müssen übrigens die Fähigkeit haben, vor Gericht zu handeln, (iustam personam standi in iudicio habeant) wovon ich §. 529. ein mehreres sagen werde.

2) Der Richter. Darunter wird überhaupt diejenige Person verstanden, welche zur Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtssachen bestellt ist. Dieser ist entweder durch ein Kompromiß der Partheyen gewählt, oder unter öffentlicher Auctorität bestellt. Im ersten Falle ist es ein Schiedsrichter, arbiter oder iudex compromissarius. In dem letztern Falle wird eine solche Person, welche unter öffentlicher Auctorität streitige Rechtssachen untersucht und entscheidet, ein Richter oder *iudex* im eigentlichen Verstande genennt[41]. Ein solcher iudex war ehemals bey den Römern entweder ein *magistratus Populi Romani*, oder ein *iudex pedaneus*, je nachdem er entweder zur Ausübung der Gerichtsbarkeit vom Staat selbst authorisirt, oder von einer Magistratsperson zur Cognition und Entscheidung einer ihm aufgetragenen streitigen Rechtssache mittelst einer gewissen Formel bestellt war. Daß auch selbst magistratus Populi Rom. in den römischen Gesetzen nicht selten iudices genennt werden, ist

40) *L.* 2. §. 3. *D. fam. ercisc.*

41) *L.* 78. *D. h. t.* sagt daher: Iudicare munus publicum est.

ist schon bey mehrern Gelegenheiten bemerkt worden[42]). Da jedoch der Unterschied zwischen *magistratus* und *iudex pedaneus* im neuern Römischen Rechte aufgehoben ist[43]); so wird heut zu Tage derjenige ein Richter genennt, welcher vermöge eines öffentlichen Amts die Gerichtsbarkeit verwaltet[44]).

Die Haupterfordernisse eines Richters sind,

1) daß er die Fähigkeit habe, Rechtsstreitigkeiten zu untersuchen, und zu entscheiden. (Habilitas).

2) Daß er ein rechtschaffener, wahrheitsliebender Mann sey, von dem sich eine unpartheyische Gerechtigkeitsverwaltung erwarten läßt. (Integritas).

3) Daß ihm sowohl über den Beklagten, der vor ihm belangt worden ist, als in der Sache, worüber der Streit obwaltet, die Gerichtsbarkeit zustehe. (Competentia iudicis).

42) Selbst in der *L.* 1. *D. h. t.* wird ein jeder *Iudex* genennt, qui Tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet. Man sehe auch *L.* 4. §. 1. *D. de interr. in iure fac.* und *Io.* WYBO lib. sing. de interrogationibus in iure. (*Lugd. Batav.* 1732.) Cap. V. pag. 62. sqq.

43) Man sehe den 3. Th. dieses Commentars §. 190. Durch die *L.* 2. *C. de pedan. iud.* wurde jedoch iudicum dandorum mos noch nicht völlig aufgehoben. S. NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 15. p. 116.

44) MALBLANC Conspectus rei iudiciariae Rom. Germanicae. (*Norimb. et Altdorf.* 1797. 8.) Sect. II. Cap. II. §. 135.

§. 506.

I) Wer ist zum Richteramte unfähig?

Unfähig zum Richteramte sind alle diejenigen, welche ein physischer oder moralischer Mangel an der Verwaltung desselben hindert. Dahin gehören Taube, Stumme, Rasende und Wahnwitzige, nach dem Röm. Rechte[45]) zwar nur solche, die es beständig sind; allein heut zu Tage auch diejenigen, welche vernünftige Zwischenräume haben[46]). Ferner Blinde. Ein Richter wird zwar darum seines Amts nicht entsetzt, weil er blind geworden ist, sondern er muß die Handlungen durch einen Deputirten verrichten lassen, die das Gesicht, oder eine Beaugenscheinigung erfordern[47]). Allein zu einem obrigkeitlichen oder richter-

45) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* sagt: perpetuo furiosus.

46) Nach dem Röm. Rechte konnte auch ein Rasender, wenn er lichte Zwischenräume hatte, vom Prätor zum Judex bestellt werden, wenn er gleich zu der Zeit noch furiosus war. Der Ausspruch war gültig, den er that, nachdem er wieder bey Verstande war. Dies ist der Sinn der *L.* 39. *pr. D. h. t.* bey dem zwar *Io.* IENSIUS in Strictur ad Rom. iuris. Pandect. pag. 29. sq. manches ungereimt findet, und daher verbessern will; allein ohne hinlänglichen Grund, wie Bach in der unpartheyischen Critik über juristische Schriften 1. Band S. 184. gezeigt hat. Nach dem heutigen Rechte ist jedoch von diesem Gesetz kein Gebrauch zu machen. MALBLANC cit. Conspectu §. 137. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 35. und Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 24.

47) *L.* 1. §. 5. *D. de postul.* WERNHER Observat. for. T. I. P. III. Obs. 31. *Frid. Henr. Max.* KERSTEN Diss. de visu privatis eorumque iuribus. *Lipsiae* 1773. §. 8.

richterlichen Amte wird ein Blinder nicht befördert[48]). Die Ausnahme, die das Röm. Recht[49]) bey einem iudice pedaneo macht, findet heutiges Tages ohnehin nicht mehr Statt. Nach dem Röm. Rechte soll ferner Niemand unter achtzehen Jahren zum iudex pedaneus bestellt werden[50]); eben dieses findet nach dem kanonischen Rechte auch bey den iudicibus delegatis Statt, wenn die Delegation von einem Andern, als vom Landesherrn, geschehen ist[51]). Ist hingegen ein Minderjähriger zwar über 18, aber noch nicht 20 Jahre alt, so kann ein solcher nur mit Einwilligung der Partheyen in ihrer Streitsache zum Richter bestellt werden[52]). Allein der Staat sieht auf kein gewisses Alter, sondern blos auf Tüchtigkeit. Wenn dieser daher einem Minderjährigen ein Richteramt ertheilt, so kann derselbe in allen Sachen seiner Gerichtsunterthanen die Gerichtsbarkeit gültig ausüben[53]). Unfähig sind ferner Ehrlose, der Rechte Unkundige, und

48) STRYK Tr. de iure sensuum Diss. II. Cap. IV. nr. 7. sqq.

49) *L. 6. D. h. t.* Coecus iudicandi officio fungitur. Mehrere Rechtsgelehrte glauben ohnedem, daß dies durch die *L. 2. et 3. C. de sentent. ex peric. recit.* geändert sey. S. LAUTERBACH h. t. §. 35. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4180.

50) *L. 57. D. de re iudicata.*

51) *Cap. 41. X. de offic. et pot. iud. del.*

52) HOFACKER c. l. §. 4181. und MALBLANC cit. Conspectu. §. 137.

53) *L. 57. D. de re iudic.* Certe si magistratum minor gerit, dicendum est, iurisdictionem eius non improbari. Princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit.

Frauensperſonen. Die Patrimonialgerichtsbarkeit macht hiervon keine Ausnahme, wie unſer Verf. irrig glaubt. Denn wenn ſie gleich mit dem Gute, dem ſie anklebt, auf jeden Beſitzer übergehet, und daher auch ſolchen Perſonen als ein Recht zuſtehen kann, welche die zur Verwaltung des Richteramtes erforderlichen Eigenſchaften nicht haben; ſo kann ſie doch nur von ſolchen Perſonen verwaltet werden, die des Richteramts fähig ſind [54]).

§. 507.

II) Von wem läßt ſich keine unpartheyiſche Rechtspflege erwarten?

Der Richter darf ferner weder mit der ſtreitigen Sache ſelbſt, noch mit einer der ſtreitenden Partheyen in einer ſolchen Verbindung ſtehen, daß ein nachtheiliger Einfluß bey der Rechtspflege zu beſorgen iſt. Daher kann

1) niemand Richter in ſeiner eigenen Sache ſeyn [55]). Es kann jedoch eine Sache nur dann als eigene Sache des Richters angeſehen werden, wenn derſelbe für ſeine Perſon unmittelbaren Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgange des Proceſſes hat [56]). Keinesweges aber iſt diejenige dafür zu halten, da der Richter, wozu ihn Pflicht und

54) SCHAUMBURG Princip prax. iurid. iudic. Cap. II. gener. §. 9. Danz Grundſätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 24. Not. c.

55) *L un. Cod. ne quis in ſua cauſa iudicet. Ge. Chriſt.* WOELCKER Diſſ. de iudice in propria cauſa. *Altdorf.* 1709.

56) *L.* 1. §. 11. *D. Quando appelland. ſit.* Palam eſt, eam eſſe *propriam cauſam*, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem *ſuo nomine* pertinet.

und Gewissen auffordern, blos die Rechte und das Ansehen des ihm anvertrauten Amtes zu vertheidigen sucht[57]). Daher ist zu erklären, warum der Richter über die vorgeschützte Einrede des incompetenten Gerichtsstandes selbst erkennen[58]), und die ihm bey der Verwaltung seines Amts wiederfahrne Injurien selbst strafen kann[59]).

2) Niemand darf seinen Eltern, seiner Ehefrau, seinen Kindern, oder andern nahen Anverwandten und Verschwägerten, noch auch seinem Hausgesinde Recht sprechen.

a) In Criminalsachen verbietet dieses namentlich das Cornelische Gesetz von Injurien, qua lege cavetur, wie Ulpian[60]) sagt, ut non iudicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve contingat.

57) *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. II. Tit. 1. Qu. 8. Except. 2.

58) *L.* 2. §. 6. *L.* 5. *D. h. t.* L. 2. pr. D. Si quis in ius voc. non ier. VOET ad Pand. Tit. de iurisdict. §. 51. Eine Ausnahme macht ZIEGLER in Dicastice Concluſ. XII. §. 32. bey der Patrimonialgerichtsbarkeit; man sehe jedoch *Io. Henr.* BERGER Disp. de potestate personae publicae in se ipsam. *Vitemb.* 1692. Th. 58.

59) *L.* 33. *D. de iniur. Cap* 1. *de poenis in 6to.* VOET ad Pand h. t. §. 2. *Io. Henr.* BERGER Disp. cit. de potestate personae publicae in se ipsam Th. 52. sqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXVIII. med. 6. und SCHORCH Nova Collect. Responsor. et Sentent. select. Facult. iudid. Erfordiens. Nr. VI.

60) *L.* 5. *D. de iniur.*

b) In streitigen Civilrechtssachen geht dies aber auch nicht an, wie ebenfalls **Ulpian**[61]) lehrt: Qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque uxori, neque liberis suis, neque libertis, vel caeteris, quos secum habet.

Nur dann findet eine Ausnahme Statt, wenn Jemand bey einem solchen Richter freywillig sein Recht sucht, der mit seinem Gegner in jenem Verhältniß der Verwandschaft oder Schwägerschaft steht[62]). In diesem Falle kann selbst der Sohn, als Richter, seinen eigenen Vater, so gut wie einen Andern, zu seiner Schuldigkeit anhalten, wenn er gleich noch in desselben väterlichen Gewalt ist[63]). Denn auf die öffentlichen Amtsgeschäfte des Sohns haben desselben Privat- und Familienverhältnisse keinen Einfluß[64]). Eben deswegen konnte auch der Sohn in Sachen des Vaters und der Vater in Sachen des Sohns zum iudex pedaneus bestellet werden[65]), weil es hier mit auf die Einwilligung des Gegners ankam, der den Richter recusiren konnte[66]). So läßt sich wenigstens

Afrikan

61) *L.* 10. *D. de iurisdict.*

62) VOET ad Pand. Lib. II. Tit. I. §. 51. und *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris Tom. II. ad L. 14. D. ad SCtum Trebell. §. 5. pag. 1052.

63) *L.* 13. §. 5. *D. ad SCtum Trebell.*

64) *L.* 14. *D. eodem. L.* 9. *D. de his, qui sui vel alieni iur. sunt. Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. I. Princip. V. Illat. I. pag. 30.

65) *L.* 6. *D. de Recept. et qui arbitr. recep.*

66) *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad XXX. ICtorum fragmenta. Tom. I. pag. 362. sqq.

Afrikan mit Ulpian sehr gut vereinigen, wenn jener sagt: In privatis negotiis pater filium et filius patrem iudicem habere potest[67]); ohne denselben gerade von Privathandlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit verstehen zu dürfen. Denn daß hiervon gar nicht die Frage seyn konnte, lehrt der gleich nachher *L. 78. h. t.* beygefügte Grund: Quippe iudicare munus publicum est, wie ich auch schon bey einer andern Gelegenheit gezeigt habe[68]).

3) Wer vor Uebernehmung des Richteramts Sachwalter in einer Sache gewesen, kann nachher darin nicht Richter seyn[69]). Daß jedoch der Sohn einer Parthey als Advocat gedient hat, hindert keinesweges den Vater, in dieser Sache als Richter zu sprechen. *Tantus enim cuiusquam erga rem clientis sui affectus praesumendus non est*, sagt Voet[70]), *ut illius in gratiam cum dispendio honoris*

67) *L. 77. D. h t.* Man sehe auch HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. und ZIEGLER in Dicastice Concluſ. XII. §. 30. Die Vereinigungsversuche anderer Rechtsgelehrten prüft EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. II. Tit. I. Qu. 8. not. r.

68) Commentar 3. Th. §. 190. S. 63. f. Daß die Ausnahme, welche de COCCEJI in iure civ. controv. Tit. de iurisdictione Q. 8. u. a. m. bey Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit hier machen, *L. 3. D. de adopt. L. 2. D. de offic. praesid. L. un. §. 2. D. de off. Conſul.* überhaupt hierher gar nicht gehöre, hat schon ZIEGLER c. l. §. 20. bemerkt.

69) *L. 6. pr. C. de poſtul. L. fin. Cod. de aſſeſſorib. L. 17. D. de iurisdict. Cap 36. X. de appellat.*

70) Commentar. h. t. §. 44. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 39. Anderer Meinung sind jedoch *Ant.* SCHUL-

noris sollicitare velit parentem iudicem ad ea, quae viro bono indigna sunt, et eius religionem circumvenire. Es erweckt ferner einen Verdacht gegen den Richter,

4) wenn er mit einer Parthey in offenbarer Feindschaft, oder in gar zu großer Familiarität lebt, oder wenn er von einer Parthey zum Erben eingesetzt worden, oder mit einem der streitenden Theile selbst im Proceß befangen ist[71]). Kurz, was einen Zeugen unzuläßig oder verdächtig macht, das alles kann auch einem Richter mit Grund entgegen gesetzt werden[72]). Wie richtig diese Schlußfolge sey, lehren die Kr. **Valens** und **Gratian** *L. un. Cod. Theod. ne in sua causa quis iudicet*, wo es heißt: Promiscua generalitate decernimus: *neminem sibi esse iudicem debere.* Cum enim omnibus in se propriam dicendi testimonii iura facultatem submoverint, iniquum admodum est, licentiam tribuere sententiae. Billig hätte daher diese Verordnung von den Verfassern des Justinianeischen Codex nicht zertheilt werden sollen, die nämlich, wie schon **Gothofredus**[73]) bemerkt hat, den Grundsatz, wovon hier die Kaiser ausgehen, zu einer eigenen Verordnung, *L.* 10. *Cod. Iust. de testib.* gemacht haben.

§. 508.

SCHULTING in Diss. de recusatione iudicis. Cap. IX. §. 7. und **Claproth** in der Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß 1. Th. § 72. S. 278.

71) S. *Ant.* SCHULTING Diss. cit. Cap. IX. §. 3. et 4. und MALBLANC Conspect. rei iudiciar. Rom. germ. §. 139.

72) LAUTERBACH h. t. § 40. und **Danz** Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 24. S. 58.

73) Comment. ad L. un. cit. Cod. Theodos. Tom. I. pag. 106. Man vergleiche auch SCHULTING cit. Diss. c. l. §. 3.

§. 508.

Von den Mitteln gegen einen verdächtigen Richter.

Ist nun eine solche Ursache vorhanden, daß sich von dem Richter keine unpartheyische Justizpflege, und daher kein gerechtes Urtheil erwarten läßt, so sagt man, der Richter sey verdächtig. Ein solcher Richter kann recusirt werden, d. i. man kann sich denselben verbitten, und dieses Recht gehört zu den Vertheidigungsmitteln, welches daher keiner Parthey, sie sey Beklagter oder Kläger, unter irgend einem Vorwand, selbst nicht aus Machtvollkommenheit des Regenten, entzogen werden darf[74]). Es kann sich daher auch jede Parthey dieses Rechts sowohl vor als nach der Einlassung auf die Klage, und selbst, wenn die Acten in der Sache bereits geschlossen sind, noch bedienen, wenn sie nur in den beyden letztern Fällen beweißt, oder mittelst Eides erhärtet, daß die Ursache des Verdachts vor der Litiscontestation entweder noch nicht vorhanden, oder ihr zum wenigsten nicht bekannt gewesen sey[75]). Ob auch ein ganzes Collegium recusirt werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig[76]). In den Gesetzen selbst finden wir

74) *L.* 16. *L. ult. Cod. h. t. Nov. XCVI. cap.* 2. *Cap.* 5. *X. de exception. Ant. Christph.* APELL. Diss. de remediis et causis recusandi iudicem. *Erfordiae* 1793. und *Ant.* SCHULTING Diss. cit. Cap. V. §. 1.

75) *L.* 12. *L.* 16. *C. h. t. Cap.* 20. *X. de sentent. et re iudic. Cap.* 25. *X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap.* 4. *X. de except. L.* 2. 6. 9. *D. de iuris et facti ignor.* SCHULTING cit. Diss. Cap. X. §. 1. sqq.

76) Man vergleiche SÜNDERMAHLER Diss. de formato principis dicasterio non recusabili. (in EIUS *Opuscul.* nr. I.) und *Ern. Frid.*

wir hierüber keine bestimmte Entscheidung. Zwar würde sich die Frage aus dem Römischen Rechte ohnehin nicht entscheiden lassen, da solches nur iudices pedaneos und delegatos, aber keine eigentliche magistratus zu recusiren verstattet, sondern der Parthey, welche etwa von einer Magistratsperson eine ungleiche Gerechtigkeitsverwaltung besorgt, nur erlaubt, um die Beyfügung eines dritten unpartheyischen Richters zu bitten, welcher in den Provinzen gewöhnlich der Bischof war[77]). Allein auch selbst im kanonischen Rechte wird man hierüber vergebens eine durchgreifende Bestimmung suchen, wenn auch gleich dasselbe die Frage im allgemeinen zu bejahen scheint[78]). Alles kommt indessen darauf an, ob der Grund des Verdachts das ganze Collegium trifft, oder nur einzelne Mitglieder desselben. Im ersten Falle findet allerdings die Recusation des ganzen Collegiums Statt, in dem letztern Falle hingegen kann man zwar die einzelnen verdächtigen Mitglieder recusiren, aber diese Recusation kann hier nicht auf das Collegium selbst, als moralische Person, wirken, wenn gleich der Verdacht den größten Theil seiner Mitglieder treffen sollte[79]). Uebrigens ist es nun zwar allerdings Schul-

Frid. RÜHL Diss. de formato principis dicasterio recusabili. *Giessae* 1783.

77) *L.* 16. *L. ult. C. de iudic. Nov. XIII. cap.* 2. *Nov. LXXXVI. cap.* 2. Man vergleiche hier vorzüglich SCHULTING cit. Diss. Cap. VI.

78) *Can.* 15. *Caus. III. Qu.* 5. *Cap.* 10. *X. de foro compet.* SCHULTING cit. Diss. Cap. VI. §. 17.

79) VOET ad Pand. h. t. §. 47. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. general. §. 6. not. * MALBLANC Conspect.

Schuldigkeit einer Parthey, welche den Richter recusirt, daß sie die besondern Gründe des Verdachts anführe, und erweise, oder wenigstens bescheinige, insofern sie nicht etwa schon an sich notorisch seyn sollten. Hierin stimmt das Römische und kanonische Recht mit einander überein[80]). Da indessen ein solcher Beweiß oft sehr schwer, und daher freylich zu besorgen ist, daß der Richter, welcher vielleicht vorher nicht partheyisch gewesen wäre, doch nun gegen die ihn recusirende Parthey einen Haß bekommen, und nun erst partheyisch werden möchte, wenn er gleichwohl wegen Ermangelung eines hinlänglichen Beweises des ihm gemachten Vorwurfs die Richterstelle in der Sache vertreten dürfte; ausserdem aber auch die Ursache des Verdachts zuweilen so beschaffen seyn kann, daß eine Parthey billig Bedenken trägt, selbige anzuführen, weil sie dem Richter eben nicht zur Ehre gereicht; so verstattet man einer solchen Parthey, welche glaubt, daß ihr der Richter keine unpartheyische Justiz administriren werde, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, der sich auf eine Usual-Erklärung des Cap. 11. de Rescript. in 6to gründet, noch ein anderes Mittel, nämlich dieses, daß sie den Richter eidlich perhorresciren kann[81]). Es sind zwar die practischen Rechtsgelehrten

spect. rei iudiciar. Rom. germ. §. 140. und besonders sind hier nachzusehen des H. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß. (Bamberg 1799. 8.) Nr. III.

80) *L.* 12. 14. 16. *et ult. Cod. h. t. Nov. XVII. c.* 3. *Nov. LXXXII. c.* 8. *Cap.* 5. *X. de except. Cap.* 10. *X. de foro comp. Cap.* 41. §. 1. *X. de appellat.* MALBLANC cit. Conspect. §. 141. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185.

81) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de perhorrescentiae iuramento. *Tub.* 1656. *Io. Ge.* PERTSCH Comment. de origine iurisiurandi

ten über den heutigen Gebrauch des Verwerfungseides (iuramentum perhorrescentiae) noch selbst nicht einig [82]), indem einige denselben für eine Art des Erfüllungseides hal-ten, und daher ausser der Anführung einer besondern Ur-sache des Verdachts wenigstens einen halben Beweis derse-ben erfordern [83]); andere hingegen, denen auch unser Ver-fasser beystimmt, zur Ableistung dieses Eides zwar keinen weitern Beweis, aber doch jederzeit die Anführung einer Ursache für nöthig halten wollen, warum die Parthey, welche diesen Eid schwören will, ein ungerechtes Urtheil besorge [84]). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche der meisten protestantischen Gerichte sieht man den Per-hor-

randi perhorrescentiae. *Helmst.* 1744. und *Walt. Vicent.* WIESE Disquis. de usu et abusu iuramenti perhorrescentiae. *Rostochii* 1790.

82) S. *Io. Phil.* CARRACH Fasciculus opusculor. et controver-siar. de non usu iuramenti perhorrescentiae adversus iudicem. *Halae* 1759. 4. Dieses Werk enthält 1) *Io. Tob.* CARRACH Diss. de eiuranda eieratione bonae spei s. de exiguo usu iura-menti perhorrescentiae adv. iudicem. 2) *Henr.* BROKES Diss. de iuramento perhorrescentiae eiusdemque usu practico. 3) Vindiciae Carrachianae adversus oppugnationem Brokesianam. 4) *Adr.* STEGER Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu pra-ctico in foris Saxoniae Elect.

83) *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. II. Qu. 15. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. g. LAUTERBACH cit. Differt. §. 31. et 32. MEVIUS P. VI. Decis. 71. Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4181. u. a. m.

84) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 165. BROKES cit. Diss. §. 14. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 663. not. b. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 46. u. a.

horrescenzeid für eine Art des Eides für Gefährde an, zu welchem ein jeder zugelassen wird, welcher befürchtet, daß ihm von dem ordentlichen Richter keine unpartheyische Gerechtigkeit wiederfahren werde, ohne daß es nöthig ist, eine besondere Ursache des Verdachts gegen den Richter anzuführen, oder zu bescheinigen [85]). Dieser Gerichtsgebrauch, welcher seinen Ursprung aller Wahrscheinlichkeit nach der Glosse verdankt [86]), läßt sich auch dadurch

85) *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 74. sqq. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 180. STRYK Us. Mod. Pandect h t §. 14. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. LXVII. Cor. 3. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gener. §. 7. not.*. Pütter auserlesene Rechtsfälle I. B. IV. Th. Resp. CLXII. nr. 17. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit II. Band (Hannover 1799.) Nr. XIX. S. 184. Nach der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 143. am Ende findet jedoch das iuramentum perhorrescentiae nicht mehr Statt.

86) Schon Accursius behauptete, wenn man schwört, daß man den Richter für verdächtig halte, so brauche man keine weitere Ursache anzuführen. Dies erhellet aus seiner Glosse ad L. 14. Cod. de iudic. wo es heißt: *Et nota hic secundum* IOANNEM. *quod sufficit, si simpliciter asseram eum suspectum, etiam sine causa. Superfluo ergo quaeritur, an sit probanda, cum nec dicenda. Potest enim dici, quod iurat, se habere suspicionem, licet causam non dicat, et hoc ne calumniose recuset. Nam et iuramentum calumniae ideo introductum est, ut calumnia evitetur.* So wenig nun auch diese Meinung den Rechten seines Zeitalters gemäß war, so glaubten doch die Anhänger des Accursius eine Stütze für dieselbe in der Verordnung des

durch gewissermassen rechtfertigen, daß es theils widersprechend zu seyn scheint, von demjenigen, welcher sich zum Ende des Mißtrauens erbietet, noch die Anführung besonderer Gründe, und einen halben Beweis derselben zu verlangen, da ja dieser Eid nach seiner eigentlichen Absicht die Stelle des Beweises vertreten soll, und folglich beydes schon in der Ableistung desselben liegt; theils aber auch es in der That des ganzen Perhorrescenzeides gar nicht bedurft hätte, wenn er weiter nichts als ein bloßer Erfüllungseid seyn sollte[87]). In Gemäsheit dieses Gerichts-

Pabsts Bonifacius *VIII.* (Cap. 11. §. 1. de Rescript. in 6to.) zu finden. Zwar ist darin mehr von einer Furcht vor der Privatgewalt des Gegners, als von der Besorgniß einer ungleichen Gerechtigkeitsverwaltung die Rede, wenn daselbst der Parthey verstattet wird, de praedicto timore fidem iudici facere, *saltem per proprium iuramentum;* allein man glaubte, es ließe sich dieser Eid doch auch auf den Fall anwenden, wenn man Partheylichkeit von Seiten des Richters befürchte. Man begünstigte diese Erklärung selbst in der römischen Curie, weil sie den Päbsten Gelegenheit verschafte, die Entscheidung mancher weltlicher Rechtshändel vor ihr Tribunal zu ziehen; und aus Achtung für die Glosse schlich sie sich, mit Aufnahme der fremden Rechte in Teutschland, auch in unsere Gerichte ein. Man sehe hier vorzüglich *Adr.* STEGER Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu practico in foris Saxoniae. *Lipsiae* 1730. §. 7—10.

87) S. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 39. not. 59. und WIESE cit. Diss. §. 6. Zwar scheint die Verordnung des P. Leo *X. cap. 3. de foro compet. in VII. Decretal. Petri* MATTHAEI, in welcher es §. *Et cum ecclesiasticus* heißt: Ut omnes causae extra Romanam Curiam, et in partibus coram ordinariis locorum cognosci et terminari debeant, cum hac tamen limitatione,

richtsgebrauches kann daher auch der Verwerfungseid sogar durch einen Anwalt abgeschworen werden, wenn er nur zur Ableistung desselben mit einer besondern Vollmacht versehen ist[88]). Unrichtig ist es jedoch, wenn einige Rechtsgelehrte[89]) diesen Eid nur dem Kläger allein ge-

 stat-

ne, nisi alter colitigantium adversarii sui potentiam merito perhorrescens, seu alia probabili et honesta causa, aliter quam per proprium iuramentum, saltem semiplene probata, coram ordinario non auderet litigare; die entgegen gesetzte Meinung zu begünstigen. Allein theils geht sie uns Protestanten nichts an, wie auch schon BROCKES cit. Diss. §. 18. (in EIUS *select. Observat. for.* Arg. II. pag. 14.) ganz richtig bemerkt hat; theils hat selbst bey den Katholiken der Pabst Innocenz IX. durch eine besondere Bulle den Perhorrescenzeid ganz nach seiner ursprünglichen Gestalt wieder hergestellt, wie aus den Decisionen eines *Qu.* MANDOSII, C. BORELLI, und *Iac.* PUTERI vom *Ad.* STEGER cit. Diss. §. 9. erwiesen worden ist. Daher findet man nun auch in den Schriften neuerer katholischer Rechtsgelehrten, eines *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 500. und *Ios. Val.* EYBEL Introduct. in ius ecclesiast. Catholicor. Tom. IV. § 468. nr. IX. pag. 608. den Satz: *Moribus quidem, praestito perhorrescentiae iuramento, causam suspicionis neque allegandam, neque probandam esse.*

88) Arg. *Cap. 3. de iuram. calumn. in 6to.* WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 295. Quistorp: Ob ein Anwald zum Verabscheungseide gelassen werden könne? (in desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXXIV. (oder 3. St. Nr. V. der ältern Ausgabe). Daß auch gegen den Willen des andern Theils der Perhorrescenzeid durch einen Anwald geschworen werden könne, zeigt BROCKES cit. Diss. §. 25.

89) MEVIUS P. VI. Decis. 71. RIVINUS Enunciat. iur. Tit. I. Enunc. 3.

ſtatten wollen. Denn da dem Beklagten ſo gut das Recht zuſtehet, den verdächtigen Richter zu recuſiren, als dem Kläger, ſo iſt kein hinreichender Grund vorhanden, dem Beklagten das dazu dienliche Mittel zu verſagen. Ueberhaupt iſt ja die Regel bekannt, was dem Kläger erlaubt iſt, muß dem Beklagten um ſo mehr verſtattet ſeyn, weil ihn die Geſetze mehr begünſtigen, als den Kläger[90]). Hierdurch widerlegt ſich nun auch der gegenſeitige Grund von ſelbſt, daß in dem cap. 11. de Reſcript. in 6to nur allein vom Kläger die Rede ſey, denn daß ſich hieraus eine Ausſchließung des Beklagten von dem Perhorreſcenzeide noch keinesweges folgern laſſe, iſt ſchon von Andern mit Recht erinnert worden[91]).

Wenn nun der ordentliche Richter recuſirt wird, ſo gehört zwar die Unterſuchung der Gründe des Verdachts für den nächſten Oberrichter, welcher heut zu Tage über die Statthaftigkeit der Perhorreſcenz nur allein zu erkennen befugt iſt[92]). Vor dieſem, oder vor einer dazu erbetenen Commiſſion muß daher auch der Perhorreſcenzeid geleiſtet werden[93]). Damit jedoch durch die Entfernung des

90) *L. 41. D. de Reg. iur. L. 125. D. eodem.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 41. D. de Reg. iur pag. 207.

91) *I. H.* BOEHMER Iur. Eccleſ. Proteſtant. Lib. II. Tit. II §. 73. BROKES ſelect. Obſervat. for. Obſ. 2. § 23. et 24. FELTMANN Tr. de iuramento perhorreſcentiae Lib. II. cap. 41. WILDVOGEL Diſſ. de recuſatione iudicis eiusque uſu et abusu. Cap. I. §. 24. WIESE cit. Diſſ. §. 13. u. a. m.

92) MALBLANC Conſpect. rei iudiciar. §. 141. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185. in fin.

93) Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 46. S. 162.

des verdächtigen Richters das Recht der ersten Instanz, welches jedem streitenden Theile zukommt, nicht vereitelt werde, so ist die Entscheidung der Hauptsache einem Commissarius aufzutragen, von dessen Ausspruch an den Oberrichter appellirt, folglich hierdurch die Zahl der Instanzen beybehalten wird[94]). Man behauptet zwar gewöhnlich, daß durch die Recusation des Unterrichters die Sache dergestalt an den nächsten Oberrichter devolvirt werde, daß es blos von seiner Willkühr abhänge, ob er die Sache selbst entscheiden, oder dieselbe einem Commissarius zur Entscheidung übertragen wolle[95]). Allein sollte hierdurch das Recht der ersten Instanz verlohren gehen, so müßte diese Ausnahme in den Gesetzen gegründet seyn. Sie kann aber daraus nicht füglich bewiesen werden. Das Römische Recht ist wenigstens jener Meinung ganz entgegen. Dieses unterscheidet zwischen dem ordentlichen und einem delegirten Richter. Wenn eine Parthey ihrer ordentlichen Obrigkeit nicht trauet, so kann sie nach dem Röm. Rechte nur um die Beyfügung eines andern unpartheyischen Richters (συνδικαστης) bitten. Eine gänzliche Verwerfung der ordentlichen Obrigkeit hatte nicht Statt. (S. 222.) Keiner konnte nun ohne den andern etwas gültig in der Sache vornehmen[96]). Wenn hingegen ein

94) Man sehe Hrn. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß Nr. IV. S. 16. ff.

95) BROKES cit. Obs. 2. §. 29 *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 663. HOFACKER Princip iur. civ. T. III. §. 4185. in fin. et §. 4186. nr. III. WIESE cit. Diss. §. 15. Danz Grds. des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 24. am Ende.

96) *L. 39. D. de re iudic. L. 4. Cod. Quando provoc. non est necess.* SCHULTING Diss. de recusatione iudicis. Cap. XII. §. 4.

iudex delegatus recusirt wird, so müssen die Partheyen, die sich ihn verbitten, unverzüglich, binnen den nächsten drey Tagen, einen oder mehrere Schiedsrichter ernennen, welche ihre Sache untersuchen und entscheiden sollen. Diese treten nun an die Stelle des recusirten Commissarius, quasi arbitri fuerint ab imperiali culmine delegati, und von ihren Aussprüchen wird an den Committenten appellirt, qui iudicem eum dedit, qui suspectus visus est[97]. Das kanonische Recht hingegen unterscheidet zwischen dem Erkenntniß über die Perhorrescenz und der Entscheidung der Hauptsache. Ueber die Ursachen des Verdachts sollen entweder arbitri erkennen, welche von den Partheyen zu erwählen sind[98]; oder der nicht verbetene Concommissarius, wenn nämlich von mehreren päbstlichen Delegaten einer recusirt wird, und diese unter der Clausel bestellet worden sind, daß einer auch ohne den andern solle verfahren dürfen; oder der nächste Oberrichter, wenn ein bischöflicher Delegat oder Official perhorrescirt wird[99]. Keinesweges aber wird dem Oberrichter schlechterdings die Macht eingeräumt, auch die Entscheidung der Hauptsache an

97) *L. 16. L. ult. Cod. h. t.* SCHULTING cit. loc. §. 1 — 3.

98) *Cod 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 10. X. de foro compet. Cap. 61. X. de appellat. Franc.* FLORENTIS opera iur. canon. ab *Ignat. Christ.* LORBER *a* STOERCHEN edit. Tom. II. pag. 210. Von dem Ausspruche dieser arbitrorum findet die Appellation Statt, wenn die Recusation auf eine ungerechte Art verworfen worden ist. Cap. 11. de offic. et pot. iud. del. in 6to. ENGEL Colleg. iur. canon. univ. Lib. II. Tit. XXVIII. §. 5. Not. V. nr. 55.

99) *Cap. 4. de offic. et pot. iudic. del. in 6to.* SCHULTING cit. loc. §. 6.

an sich zu ziehen, sondern das kanonische Recht macht hier wieder einen Unterschied, ob der ordentliche Richter, oder nur ein Delegat recusirt worden ist. Im ersten Falle soll der recusirte Richter die Sache auf Verlangen der recusirenden Parthey entweder einem andern unpartheyischen Richter übergeben, gegen den nur aber freylich auch sein Gegner keine gegründete Einwendung haben darf, oder an den nächsten Oberrichter einschicken[100]). In dem letztern Falle soll die Sache entweder dem Concommissär, nämlich in dem oben angeführten Falle, wo auch dieser über die Perhorrescenz zu erkennen befugt ist, oder wenn dieser Fall nicht eintritt, einem Subdelegaten, wenn die Partheyen darein willigen, oder dem Deleganten selbst zur Entscheidung überlassen werden[1]). Das kanonische Recht unterstützt also auch jene Meinung nicht. Nun beruft man sich zwar noch vorzüglich auf eine Stelle der Reichs-

100) *Cap. 61. X. de appellat.* Zwar will P. Innocenz III. *Cap. 10. X. de foro compet.* daß wenn die Justizburgermeister des Orts (Consules iustitiae) als verdächtig recusirt worden sind, die Partheyen auch in weltlichen Sachen, um ihr Recht zu erhalten, ihre Zuflucht entweder zum Bischoff des Orts oder zum Pabst selbst sollen nehmen dürfen. Allein der Pabst selbst hat in gedachter Verordnung nicht unbemerkt gelassen, daß blos Drang der damaligen Zeitumstände eine solche Verfügung nöthig gemacht habe: *hoc praesertim tempore*, sagt er, *quo vacante imperio, ad iudicem secularem recurrere nequeunt, qui a superioribus in sua iustitia opprimuntur.* Man lese hier die gelehrte Bemerkung des Canzl. Böhmers in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. Tom. II. pag. 234.

1) *Cap. 23. X. de offic. et potest. iud. del g. Cap. 4. 5. et 8. eodem in 6to.* Vid. SCHULTING cit. loc. §. 7.

Cammergerichtsordnung Th. II. Tit. 1. §. 1. Allein diese handelt blos von dem Falle, wenn der Unterrichter die Justiz verzögert, oder gar verweigert. Daß aber dieser Fall von jenem der Recusation viel zu verschieden sey, als daß eine ausdehnende Erklärung gegen die in Deutschland so klar begründete Befugniß der ersten Instanz Statt finden könne, hat Herr Hofrath Gönner [2]) sehr richtig bemerkt, und auch schon Anton Schulting [3]) mit mehrern gezeigt. Man könnte nun zwar noch sagen, daß der Gegner, der sich vielleicht durch allerley Mittel die Gunst des Richters zu verschaffen gewußt hat, des Rechts der ersten Instanz nicht mit Unrecht beraubt werde. Allein soll denn nun auch der unschuldige Theil darunter leiden?

Besteht das Gericht aus mehreren Mitgliedern, von denen nur eins oder das andere perhorrescirt wird, so bleibt die Entscheidung der Hauptsache bey diesem Gerichte, und nur dasjenige Mitglied, welches recusirt worden ist, muß sich bey der Verhandlung der Sache alles Einflusses und folglich seines Votums durchgehends enthalten [4]). Man behauptet auch, daß in diesem Falle die übrigen nicht recusirten Mitglieder des Collegiums über die Ursache der Recusation erkennen könnten [5]).

Zu-

2) S. Dasselben angef. Erörterungen über den gemeinen Proceß Nro. IV. §. 4. S. 18.

3) Diss. cit. de recusatione iudicis. Cap. IV. §. 5.

4) BROKES cit. Diss. §. 27. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXVII. med. 7.

5) SCHULTING cit. Diss. Cap. XII. §. 8. VOET h. t. §. 47.

Zuletzt ist noch zu bemerken, daß zwar die Recusation eines Richters, wenn sie nur auf die gehörige Art geschiehet, an sich für keine Injurie zu halten sey, worüber sich der Richter beschweren dürfte, weil sich die Parthey hierdurch theils eines Rechts bedient, das ihr die Gesetze selbst gestatten, theils aber auch durch ihren Eid den animum iniuriandi hinlänglich von sich ablehnt[6]). Sollte indessen der recusirte Richter die Absicht der Parthey, ihn zu beschimpfen, dennoch beweisen können, so wäre in der That kein Grund vorhanden, warum demselben die Genugthuung versagt werden sollte[7]).

§. 509.

III) Woraus beurtheilt man die Zuständigkeit des Richters?

Der Richter muß endlich auch competent seyn, das ist, es muß ihm die Gerichtsbarkeit in dem gegebenen Falle auch wirklich zustehen. Denn jeder Richter hat nur in so fern Gerichtsbarkeit, als er zur Untersuchung und Entscheidung einer Sache berechtiget ist; jede Anmassung der Gerichtsbarkeit in einem Falle, worin dieselbe nicht begründet ist, wirkt daher Nichtigkeit aller vorgenommenen Handlungen[8]). Um nun aber die Zuständigkeit eines

6) *L. 16. C. de iudic. Cap. 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 5. X. de excep.* MEVIUS P. I. Decis. 51. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. gener. II. §. 6. not. ***. SCHULTING cit. loc. §. 9.

7) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4136. nr. II. lit. C.

8) *L. 1. §. 2. D. Quod quisque iuris. L. 53. §. 3. D. de re iudic. L. 1—4. C. Si a non comp. iud. Cap. 4. X. de iudic.* J. R. Absch. v. J. 1654. §. 122. u. 119.

Richters (competentiam iudicis) in vorkommenden Fällen zu beurtheilen, kommt es darauf an,

1) daß er diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit habe, in welche die zu entscheidende Rechtssache einschlägt. Denn gewisse Sachen haben ihr eigenes Forum, für welches sie ausschließlich gehören, ohne daß dabey weiter der Gerichtsstand der streitenden Theile in Betrachtung kommt; z. B. Lehnssachen, geistliche Sachen, u. d. Wer also in dieser Art von Sachen Recht sprechen will, muß die dazu erforderliche Gerichtsbarkeit haben. Hier heißt es also: *actor sequi debet forum causae.*

2) Daß der Beklagte seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sey. Auf den Gerichtsstand des Klägers kommt es nicht an. Dieser muß, er sey, wes Standes er wolle, den gehörigen Richter des Beklagten folgen. Daher die Regel: actor sequitur forum rei. Nur wenn von einem blos vorbereitenden Rechtsmittel die Rede ist, findet diese Regel keine Anwendung, indem hier die Zuständigkeit des Richters nach der Hauptsache beurtheilt wird, welche hierdurch erst in den ordentlichen Rechtsgang gebracht werden soll[9]). Hiervon beym Provocatorischen Proceß ein mehreres. (§. 533.) Uebrigens ist es genug, wenn der Beklagte nur zu Anfang des Processes dem Richter, vor welchem er belangt worden, unterworfen gewesen ist[10]). Denn da der Proceß bey dem Richter beendiget werden muß, wo er anhängig gemacht wor-

9) S. HELLFELD Diss. de actore forum rei haud semper sequente. (in EIUS *Opusc.* Nr. VI.)

10) VOET h. t. §. 64.

worden ist[11]); so kann sich der Beklagte der Gerichtsbarkeit desselben nicht entziehen, wenn er gleich während des Processes seinen Stand oder Wohnsitz verändern, und hierdurch ein anderes Forum erhalten sollte[12]). Hat der Beklagte einen mehrfachen Gerichtsstand, so stehet in der Regel dem Kläger die Wahl zu, vor welchem Gericht er denselben belangen will[13]); ausser wo der Beklagte ein privilegium electionis fori hat, vermöge welchen er unter den mehreren Gerichten, die in der Sache competent sind, dasjenige bestimmen kann, vor welchem er in vorkommenden Fällen belangt werden will[14]).

3) Daß dem Richter in der Instanz, wovon die Rede ist, die Ausübung der Gerichtsbarkeit zustehe. Man pflegt nämlich bekanntermassen die mehreren einander subordinirten Gerichte, vor denen eine Rechtssache verhandelt werden kann, Instanzen zu nennen[15]), und diese, im Verhältniß zu einander, in die untere,

11) *L.* 30. *D. h. t.*

12) *L.* 2. *Cod. de iurisdict. omnium iudic. L* 7. *D. h. t. L.* 19. *pr. D. de iurisd. Cap. pen. X. de foro compet.* MALBLANC Conspectus rei iudic. §. 117. HOFACKER Tom. III. §. 4219.

13) *L.* 2. §. 3. *D. de eo quod certo loco.* VOET h. t. §. 66. MEVIUS P. III. Decis. 20. *Fratr.* DECMANNORUM Consil. et Decision. Part. I. Resp. I. nr. 13. pag. 25. *Ge. Christph.* WINTER Diss. de electione fori. *Altorfii* 1725. MALBLANC §. 149.

14) S. *Franc. Dom.* HAEBERLIN Disp. de privilegio electionis fori augustae domus Brunsuico-Lüneburgicae. *Helmstadii* 1760. 4. und (von Berg) Darstellung der gesetzmäßigen Beschaffenheit des dem hohen Hause Braunschweig und Lüneburg zustehenden privilegii electionis fori. Göttingen 1797. 8.

15) In dem Römischen Rechte kommt das Wort *Instantia* in dieser Bedeutung nicht vor. S. BRISSONIUS de Verbor. Signific.

tere, oder erstere, die höhere und die höchste einzutheilen[16]). Von diesen muß nun zuerst die untere Instanz angegangen werden. Dies ist eine Wohlthat für den Beklagten, die ihm nicht entzogen werden darf, (beneficium primae instantiae)[17]). Der Oberrichter ist so lang incompetent. Er würde, wenn er auf Verlangen des Klägers die Sache an sich ziehen wollte, die Gränzen seiner Gerichtsbarkeit auf eine unheilbare nichtige Art überschreiten[18]). Nur dann ist es dem Kläger erlaubt, den Oberrichter gleich anzugehen, wenn ihm entweder das privilegium personarum miserabilium zukommt, oder die con-

nific. h. voc. Sie ist blos durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden. Denn eigentlich heißt Instanz jeder Rechtsgang, den die Partheyen mit einander machen, und solcher Instanzen können mehrere vor einem und eben demselben Gerichte vorkommen. S. SCHNEIDT Diss. de foro et instantiis nobilitatis immediatae germanicae in causis civilibus. *Wirceb.* 1790. Sect. I. §. 4. Es geschieht also im uneigentlichen Sinne, wenn die mehreren einander subordinirten Gerichte, vor welchen eine Rechtssache verhandelt wird, Instanzen genennt werden. Man sollte sie Gerichte der erstern, andern u. s. w. Instanz, oder unteres, höheres, höchstes Gericht nennen. S. Herrn Hofr. Klübers kleine juristische Bibliothek. VI. Band. S. 379.

16) Bey den Reichsgerichten ist es gewöhnlich, alle und jede Territorial- und Austrägal-Instanzen, von denen an die Reichsgerichte appellirt werden kann, zusammen genommen die erste Instanz zu nennen. S. Klüber a. a. O.

17) ESTOR D. de iure primi fori, s. beneficio primae instantiae *Ien.* 1741.

18) J. R. A. v. J. 1654. §. 119. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß 1. Th. §. 31.

continentia causae eine Ausnahme macht; ausserdem kann dem Kläger die Einrede der übergangenen ersten Instanz entgegen gesetzt werden [19]).

§. 510.

Begriff und verschiedene Eintheilungen des Gerichtsstandes.

Ein jeder Rechtsstreit muß nun also vor dem gehörigen Richter verhandelt werden. Hieraus ist die Competenz des Gerichtsstandes zu beurtheilen. Unter *Forum* versteht unser Verf. den Ort, welcher zur Verhandlung und Entscheidung streitiger Rechtssachen bestimmt ist, Andere [20]) sagen, wo die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird. Allein richtiger ließe sich wohl der Begriff so bestimmen, wenn man unter dem Gerichtsstande theils das Gericht versteht, an welches, eine gewisse Sache durch allgemeine oder besondere Gesetze gewiesen ist; theils das Verhältniß der Unterwürfigkeit einer Person unter ein bestimmtes Gericht. In dieser letztern Bedeutung heißt also der Gerichtsstand einer Person nicht nur die Verbindlichkeit, sondern auch das Recht derselben, sich von einem bestimmten Richter in einer bestimmten Rechtssache richten zu lassen [21]).

Einen

19) J. R. Absch. vom J. 1654. §. 105. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid iudiciar. Cap. gen. II. §. 16. und Danz Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes. § 25.

20) *Ge. Lud.* BOEHMER Princ. iur. canon. §. 665. *Phil.* HEDDERICH Element. iur. canon. P. II. §. 136. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 147.

21) S. Hufelands Institutionen des gemeinen positiven Rechts. §. 1080. S. 393.

Einen Gerichtsstand hat man nun entweder wegen seiner eigenen Person, oder man erhält ihn wegen der Person eines Andern, mit dem man in Verbindung steht.

I) Das forum, welches man ex persona propria hat, ist entweder in dem gemeinen Rechte gegründet, oder es gründet sich auf eine besondere Befreyung. In einem Falle heißt der Gerichtsstand ein gemeiner, in diesem ein privilegirter.

A) Der gemeine Gerichtsstand (forum commune) gilt entweder der Regel nach in allen Rechtssachen, oder er findet nur in einzelnen besondern Fällen Statt. Jener wird ein allgemeiner (forum generale), dieser ein besonderer Gerichtsstand (forum speciale) genennt. Der generellen Gerichtsstände giebt es zwey. Der Gerichtsstand des Geburtsorts (forum originis) und der Gerichtsstand des Wohnorts (forum domicilii). Der besondern Gerichtsstände hingegen giebt es mehrere. Der specielle Gerichtsstand wird nämlich in einer gewissen Rechtssache entweder durch Prorogation der Gerichtsbarkeit begründet, forum prorogatae iurisdictionis, wovon schon bey einer andern Gelegenheit gehandelt worden ist[22]); oder er findet aus gesetzlicher Verordnung Statt, und zwar

a) der Regel nach in gewissen Sachen; nämlich

1) in peinlichen Sachen, dahin gehören der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens, (forum

22) Mein Commentar 3. Th. §. 203—205.

rum delicti) und der Gerichtsstand des Orts, wo der Verbrecher ergriffen wird, (forum deprehensionis);

2) in Civilsachen. Der Gerichtsstand des Contracts, der geführten Verwaltung eines fremden Vermögens, der liegenden Sache, und des Zusammenhanges der Rechtssachen.

b) Als Ausnahme wird zuweilen ein besonderer Gerichtsstand auch durch andere zufällig bey einem Rechtsstreite eintretende Umstände bestimmt. (Forum extraordinarium). Ein solcher ausserordentlicher Gerichtsstand findet Statt,

1) wenn der gehörige Richter verdächtig ist. Davon ist §. 508. bereits gehandelt worden.

2) Wenn der ordentliche Richter die Rechtspflege verweigert oder verzögert. In diesem Falle kann deshalb bey dem nächsten Oberrichter Beschwerde (querela protractae vel denegatae iustitiae) geführt werden, welcher alsdann vorerst durch Promotorialen und andere zweckmäßige Zwangsmittel den ordentlichen Richter zu seiner Schuldigkeit anzuhalten sucht, und wenn diese fruchtlos sind, den Proceß von demselben ganz ab, und nach Befinden der Umstände entweder vor sein Obergericht selbst ziehen, oder einem andern Gerichte zur Entscheidung übertragen kann [23]). Nach dem Justinianeischen und kanonischen Rechte soll zwar die Beschwerde über verweigerte oder verzöger-

23) *I. H.* BOEHMER Diss. de origine progressu atque indole querelae denegatae vel protractae iustitiae. *Halae* 1738. Danz Grundsätze des gemein. ordent. bürgerlichen Processes §. 443.

zögerte Justiz bey dem Bischoff oder dem geistlichen Richter angebracht werden[24]). Allein dies findet heut zu Tage nicht mehr Statt[25]).

3) Wenn die Gerichtsbarkeit zwischen zwey Untergerichten streitig, und noch keins derselben rechtskräftig in dem Besitz der Gerichtsbarkeit geschützt, auch deshalb vom Obergerichte noch keine einstweilige Verfügung getroffen worden ist. Auch in diesem Falle ist die Gerichtsbarkeit des nächsten Oberrichters gegründet[26]).

B) Die privilegirten Gerichtsstände sind ebenfalls von verschiedener Art. Sie sind nämlich entweder in Rücksicht auf Rechtssachen, oder in Rücksicht auf Personen gegründet. Zu der erstern Classe der privilegirten Gerichtsstände gehören z. B. der Gerichtsstand der geistlichen Sachen, der Lehnssachen, der fiscalischen Sachen u. d. m. Zu der letztern aber, 1) der Gerichtsstand der Geistlichen, 2) der Soldaten, 3) der academischen Personen, 4) der fürstlichen Diener und übrigen kanzleysäßigen Personen, 5) der Gesandten und 6) der mitleidswürdigen Personen. Von diesen in Rücksicht auf die Person befreyeten Gerichtsständen ist die Regel zu bemerken, daß sie an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts treten, es wer-

24) *Nov. LXXXVI. Cap. 13. X. de iudic. Cap. 8. et 13. X. de foro compet. Cap. 2. X. de alienat. iudic. mut. cauſ. fan. a* COSTA Commentar. ad Decretal. pag. 264.

25) Concept der K. G. O. 2. Th. Tit. 1. §. 1. und Tit. 28. MALBLANC Conſpect. rei iudiciar. §. 170.

26) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 96.

werden daher durch den privilegirten Gerichtsstand einer Person die besondern Gerichtsstände, z. B. des Contracts, der liegenden Sache u. dgl. eben so wenig, als durch den Gerichtsstand des Wohnorts, aufgehoben. Der befreyete Gerichtsstand, den Jemand wegen seiner Person hat, macht also zwar eine Ausnahme vom generellen, nicht aber von dem speciellen Gerichtsstande. Denn auch der Geistliche, der fürstliche Diener muß den besondern Gerichtsstand des Contracts, der gelegenen Sache, des Verbrechens u. dgl. anerkennen [27]). Nur in Ansehung der Gesandten leidet diese Regel eine Ausnahme. Diese sind wegen ihres vorstellenden Characters von aller Gerichtsbarkeit desjenigen Staats frey, in welchem sie als Gesandten angenommen sind, insofern sie nicht entweder schon vor ihrer Sendung Unterthanen desselben gewesen, oder sich der Gerichtsbarkeit desselben in einzelnen Fällen unterworfen haben. Sonst erkennen sie für ihre Person, und über ihre Güter keinen andern Richter, als ihren Principal, von welchem sie gesendet worden sind [28]). Ein Gesandter kann daher an dem Orte,

27) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XIII. in fin. pag. 272. LEYSER Specim. LXXIII. medit. 5. et 6. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 65. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen § 75. Danz Grundsätze des gemein. ordentl. bürgerlichen Processes §. 34.

28) Man vergleiche *Corn. van* BYNCKERSHOEK Tract. de foro legatorum. *Lugd. Batavor.* 1721. 8. besonders Christ. Heinr. von Römer Versuch einer Einleitung in die rechtl. Grundsätze über die Gesandschaften, und die ihnen zukommenden Rechte. (Gotha 1788.) Abschn. XIII. S. 313. ff. und Joh. Christ. Siebenkees Beyträge zum teutschen Recht V. Th. S. 159. ff. In Ansehung der Reichsständischen Gesand-

Orte, wo er accredirt ist, nicht belangt werden, außer in sofern er sich daselbst freywillig einlassen will [29]). Sonst begründet auch ein daselbst geschlossener Contract nicht schlechterdings einen Gerichtsstand, sondern es kommt immer darauf an, ob bey Schließung des Vertrags solche Thathandlungen vorkommen, welche es außer Zweifel setzen, daß der Gesandte sich in Absicht desselben seiner Gerichtsfreyheit habe wirklich begeben wollen [30]). Auch schon den Abgeordneten einer Provinz, oder Stadt an den Landesherrn, verstattet das römische Recht, wenn sie an dem Orte ihrer Sendung belangt werden, das ius revocandi domum suam, insofern sie nämlich aus einem vor ihrer Absendung geschlossenen Contract belangt werden [31]). Nur dann fällt nach

sandten ist vorzüglich die Stelle in der Kaiserl. Wahlcapitulation Art. XXV. §. 7. merkwürdig. Die am Preußischen Hofe accreditirten Gesandten auswärtiger Mächte sind auch von hiesiger Gerichtsbarkeit befreyet. Wenn sie jedoch in preußischen Ländern Immobilien acquiriren, so wird dadurch in Realklagen ein dinglicher Gerichtsstand begründet. S. allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 62—66.

29) Wird ein fremder Gesandte in Wien belangt, und er will sich daselbst einlassen, so ist bey dem kaiserlichen Hofmarschall das Forum desselben. S. Carl von Adlersburg Versuch über den kaiserlichen Hofmarschall und dessen Verhältniß zum kaiserl. Reichshofrath. Wien 1795. 8. §. 50. S. 72. In Berlin gehört die Sache für das Departement der auswärtigen Angelegenheiten. Diesem muß wenigstens der Vorfall jederzeit angezeigt werden. S. Allgem. Preuß. Gerichtsordnung. 1. Th. 2. Tit. §. 63. f.

30) S. Römers angef. Versuch über Gesandtschaften. Abschn. XIII. §. 29. S. 330.

31) *L.* 2. §. 3. 4. *et* 5. *D. h. t.*

nach dem röm. Rechte jenes Privilegium weg, wenn ihre Gesandschaft geendiget ist, und sie sich noch an dem Orte ihrer Sendung aufhalten [32]), oder dieselben an diesem Orte während ihrer Gesandschaft dergestalt contrahirt haben, daß sie auch daselbst Zahlung leisten wollen [33]).

Uebrigens haben Befreyungen von dem ordentlichen Gerichtsstande nur Wirkung in dem Lande, in welchem sie gesetzlich sind, und hier ist in Collisionsfällen die Befreyung in Ansehung der Sache immer stärker, als die, welche der Person ertheilt ist [34]).

§. 510. b.

Von dem Gerichtsstande, den man *ex persona alterius* haben kann.

II) Einen Gerichtsstand kann Jemand nun auch wegen der Person eines Andern bekommen. Dahin gehören

32) *L. 2. §. 4. in fin. D. h. t.*

33) *L. 3. D. de legationib.* Wo Afrikan sagt: Cum quaeritur, an in eum, qui in legatione sit, actio dari debeat: non tam interest, ubi quis aut crediderit, aut dari stipulatus sit, quam illud, *an id actum sit, ut legationis tempore solvetur.* Auf diese Art lassen sich die *L. 8. D. h. t.* und *L. 5. §. 1. D. de constit. pecun.* ohne Widerspruch erklären, wie VOET in Comm. ad Pand. Lib. XIII. Tit. 5. §. 13. und BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. I. Cap. 9. gezeigt haben, und man hat nicht nöthig, mit Cujaz in Commentar. ad L. 2. §. 3. D. h. t. eine Aenderung in den Worten der L. 5. cit. durch Beyfügung einer Negation vorzunehmen.

34) *Cap. 6. et 7. X. de foro compet.* Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 75. am Ende, und Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 577.

1) Ehefrauen, welche durch die Ehe den Gerichtsstand ihrer Männer erhalten [35]), vorausgesetzt, daß die Ehe auf eine gesetzmäßige Art ist eingegangen worden [36]). Diesen Gerichtsstand behalten sie auch als Wittwen, so lange sie sich nicht wieder verheyrathen [37]), oder sonst ihren Wohnsitz verändern [38]).

2) Das Hausgesinde. Dieses hat während seines Dienstes, der Regel nach, den Gerichtsstand seiner Herrschaft

35) *L.* 65. *D. h. t. L. ult.* §. 3. *D. ad municipal. L.* 19. *D. de iurisdict. L. ult. Cod. de incol.* Eine Braut verändert vor vollzogener Ehe ihren Gerichtsstand nicht. *L.* 32. *D. ad municipal.*

36) *L.* 37. §. *ult. D. ad municipal.* junct. §. 12. *I. de nupt.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 44.

37) *L.* 22. §. 1. *D. ad municip.* Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae, sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur. *L. ult. C. de incolis. Franc. de* AMAYA Commentar. in tres poster. libros Cod. Iustin. Tom. I. pag. 507. nr. 24. et 25.

38) VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 95. Wenn jedoch die Wittwe wegen des Standes und der Würde ihres verstorbenen Ehemanns einen befreyeten Gerichtsstand hat, so behält sie denselben, wenn sie auch ihren Wohnsitz verändert. Denn die Würde und den Stand des Mannes verliert die Wittwe nur durch den Uebergang zu einer neuen ehelichen Verbindung, nicht durch die Veränderung ihres Wohnorts. *L.* 13. *C. de dignitat.* S. *Christph. Lud.* CRELL Observationes de foro viduarum ad L. 22. §. 1. D. ad municipal. *Vitembergae* 1754. §. 3. et §. 6. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der teutschen Christen. §. 297.

schaft[39]). Der Grund hiervon ist nicht, wie einige[40]) wollen, darin zu setzen, weil das Gesinde da, wo es dient, gleichsam seinen Herd und Wohnsitz habe. Denn dieß setzt durchaus eigene Oekonomie voraus. Sondern Dienstboten werden zu den Mitgliedern der häuslichen Gesellschaft, so gut, wie Frau und Kinder des Hausvaters, gerechnet, und sind der häuslichen Gewalt ihrer Dienstherrschaft unterworfen[41]). Deswegen haben sie der Regel nach auch einen und den nämlichen Richter mit ihrer Herrschaft[42]). Dies hat nun zwar nicht den mindesten Zweifel, wenn von dem gemeinen Gerichtsstande des Wohnorts die Rede ist, und es bedurfte in der That des umständlichen Beweises nicht, den Voet[43]) über diese allgemein bekannte Wahrheit geführt

39) S. Joh. Lor. Dorn Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts. 2. Buch § 207. ff. S. 514. ff.

40) *Io. Gottl.* FUNCKLER Diss. de familiae conductitiae foro competente, praes. *Car. Gottl.* KNORRE def. *Halae* 1748. §. 12.

41) Auch in dem röm. Rechte werden Dienstboten, die bey ihrem Dienstherrn wohnen, zu den Domesticis gerechnet, welche zu dem Hause eines Hausvaters gehörten. *L. 11. §. 1, D. de poenis.* Ja sogar Freygelassene werden, wegen der Verbindung, in welcher sie mit dem Patron standen, zu den Hausleuten desselben gerechnet. *L. 11. cit. L. 89. D. de furt.* S. GÜNTHER Comment. de furto domestico. Cap. I. §. 1. et 4. Nun aber sagt Ulpian *L. 6. §. 3. D. ad municipalem:* Libertini patronorum domicilium sequuntur. MARBLANC Conspectus rei iudiciar. §. 159. nr. 4. pag. 291.

42) Dies ist auch Regel in den Preußischen Staaten. S. allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 2. Tit. §. 13.

43) Commentar. h. t. §. 96.

führt hat. Allein ob das Gesinde auch an dem privilegirten Gerichtsstande seiner Dienstherrschaft Antheil nehme, ist eine Frage, worüber desto mehr gestritten wird. Mehrere Rechtsgelehrte[44]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil persönliche Privilegien auf keine andern Personen erstreckt werden dürfen, als denen sie ertheilet sind. Wo also das Gesinde nicht namentlich in dem Privilegium, welches ihrer Herrschaft zusteht, mitbegriffen worden ist, da habe es nur den gemeinen ordentlichen Gerichtsstand. Ich glaube, daß ein Unterschied zu machen sey, ob der befreyete Gerichtsstand einer ganzen Classe von Personen ertheilt ist, oder ob es nur einer einzelnen Person wegen ihrer subjectiven Eigenschaft zukommt, z. B. einer mitleidswürdigen Person. Im letztern Falle kann freylich Niemand auf das Privilegium Anspruch machen, als welcher diejenige Eigenschaft hat, die diese Befreyung in Ansehung des Forums voraussetzt. In dem erstern Falle hingegen läßt sich aus dem oben angeführten allgemeinen Grunde als Regel allerdings behaupten, daß auch das Gesinde dem privilegirten Gerichtsstande der Herrschaft unterworfen sey[45]). Diese Meinung

44) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 728. nr. 19. FUNCKLER cit. Diss §. 14 sqq. Dorn angef. Versuch §. 209. Soviel insonderheit das Gesinde der Geistlichen betrift, so sprechen ihm das privilegium fori ab. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. L. II. Tit. II. §. 43. TITIUS in iure privato Lib. IX. cap. 3. §. 9. *Ios. Ant. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 535. Ludovici im Consistorial Proceß Kap. V. §. 4. Claproth im ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 22. S. 66. und unser Verfasser selbst §. 523.

45) MEVIUS P. II. Decis. 173. HERTIUS in Diss. de transitione privilegii personalis ad alios. §. 21. (*Commentat. et Opuscu-*

lor.

nung hat einmal die Rechtsanalogie für sich. Denn so wird in der bekannten Avth. *Habita* Cod. ne filius pro patre das Privilegium der Academiker ausdrücklich auch auf deren Bediente (nuncios) mit erstreckt[46]). Eben so soll nach der Verordnung des K. Constantins L. 2. §. 4. C. de Episcop. et Cleric. die Befreyung der Geistlichen von öffentlichen Lasten auch deren Dienstleuten (ministeriis eorum, sive mares sint, sive feminae) zu statten kommen. Nun konnte zwar freylich hier noch von keiner Immunität des Gerichtsstandes die Frage seyn, weil die Geistlichkeit vor Justinian noch keinen befreyeten Gerichtsstand hatte[47]). Allein man sieht doch wenigstens

lor. Vol. I. Tom. III. p. 37.) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. Lib. I. Tit. 4. §. 30. und Estor gründ. Unterricht von geschickter Abfassung der Urteile und Bescheide §. 60. S. 17. Diese Regel nimmt auch die Allgem. Gerichtsordn. für die Preußischen Staaten I. Th. 2. Tit. §. 100. an.

46) VOET c. l. STEPHANI Tr. de iurisdictione Lib. III. P. II. cap. 6. *Henr.* BALEMANN Dist. de iurisdictione academica. (*Giessae* 1755.) §. 25.

47) THOMASSINI vet. et nova Ecclesiae disciplina P. II. Lib. II. cap. 58. Maier von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen. (Tübingen 1781. 8.) §. 21. Zwar will *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Vindiciis iurisdiction. ecclesiasticae. (*Paris.* 1710. 4.) Lib. I. cap. 7. et 8. behaupten, daß schon Constantin der Grosse die Geistlichkeit von der Jurisdiction der weltlichen Gerichte befreyet, und dem geistlichen Gerichte des Bischoffs unterworfen habe. Allein die Stelle aus SOZOMENI *Histor. eccles.* Lib. I. cap. 9. worauf er sich beruft, sagt nur, daß der Kr. Constantin durch die den Geistlichen ertheilte Immunität, (unstreitig meint er die

hieraus, daß die Erstreckung des befreyten Gerichtsstandes auf das Gesinde der Geistlichkeit nicht gegen den Geist des Gesetzes streitet. Nicht minder ist das Hausgesinde der zum Reichshofrathe und dem Reichskammergerichte gehörigen Personen, so gut als dessen Herrschaft, von allem andern Gerichtszwange befreyt, und daher sowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen eben demjenigen höchsten Reichsgerichte unterworfen, unter welchem dessen Herrschaft steht[48]). Zweytens unterstützt auch der Gerichtsgebrauch diese Meinung. Denn soviel das Gesinde der academischen Personen anbetrift, so steht solches auf den mehresten Academien, als in Halle, Göttingen, Erlangen, Alt-

diejenige, von welcher in der oben angef. *L.* 2. *C. de Episc. et cler.* die Rede ist,) den stärksten Beweiß seiner Achtung gegen die Religion gegeben habe. Nun fügt zwar Sozomenus noch hinzu, daß dieser Kaiser auch einem Jeden erlaubt habe, sich mit Uebergehung des ordentlichen Richters an den Bischoff zu wenden, und sich von diesem Recht sprechen zu lassen. Allein hierdurch hat die Geistlichkeit noch keine Befreyung von dem weltlichen Gerichtsstande erhalten, sondern es ist dies von einem bloßen Compromiß der Partheyen zu verstehen, *Corn. Wilh. de* RHOER in Dissertation. de effectu religionis Christianae in iurisprud. Rom. Fascic. I. (*Groeningae* 1776 8.) Dissert. III. §. 7. und *Henr. Mich.* HEBENSTREIT in Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex Legibus utriusque Codicis illustrata. (*Lipsiae* 1776.) Dissert. II. §. 15. sq. gezeigt haben.

48) Reichshofrathsordnung Tit. 1. §. 8. Wahlcapit. Art XXV. §. 7. R. Kammergerichtsordnung Th. I. Tit. 63. J. Reichsabsch. §. 141. Malblanc Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provincialgerichtsverfassung und Praxis I. Th. V. Kap. §. 147. ff.

Altdorf, Tübingen u. s. w. unter dem academischen Gericht; und es sind mir nur wenige Academien bekannt, wo selbiges, wie in Leipzig und Frankfurt an der Oder, unter dem Stadtmagistrat steht[49]). Das nämliche ist von dem Gesinde der Geistlichen zu behaupten, welches wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche der Protestanten in den meisten Ländern den befreyeten Gerichtsstand seiner Herrschaft genießt[50]). Da das Tridentinische Concilium Sess. 23. de Reformat. cap. 6. nicht einmal den Tonsuratis und Clericis minorum ordinum, wenn sie keine Pfründe zu genießen haben, den befreyeten Gerichtsstand der Geistlichkeit mehr gestattet wissen will, so darf man sich freylich nicht wundern,

49) VOET h. t. §. 109. STEPHANI de iurisdictione Lib. III. P. II. Cap. 6. 12. *Lud. Conr.* SMALCALDER Diss. de iurisdictione academica privilegiaria (*Tübingae* 1734.) §. 24.) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 128. pag. 244. Meister Ausführl. Abhandlung des peinlichen Processes in Teutschland 5. Th. Kap. XIII. §. 52. nr. 1. Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 584.

50) Collectio nov. Consil. Tubingens. Tom. IX. Consil. 80. L. B. a. WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 12. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 166. BRUNNEMANN Iur. Eccles. Lib. III. cap. I. §. 12. SCHILTER Institut. iur. canon. Lib. I. Tit. XVIII. §. 8. *Christph. Lud.* CRELL Specim. iur. eccles. de rusticorum dotalium immunitatae a iurisdictione et oneribus secularibus. (*Vitembergae* 1755.) §. 24. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 243. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4246. pag. 682. Wiese Grundsätze des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts §. 423. Rees Handbuch des protestantischen Kirchenrechts §. 30. Danz Grds. des ordentl. bürgerl. Processes §. 35. S. 92. u. a.

wenn die katholischen Canonisten dem Gesinde der Geistlichen das privilegium fori absprechen [51]). Es ist indessen merkwürdig, daß bey mehreren teutschen Stiftern, z. B. Regensburg, Augsburg u. s. w. das Gesinde der geistlichen Personen von der Gerichtsbarkeit des Stadtmagistrats befreyet ist [52]). Daß auch das Gesinde der Offiziere in der Regel unter den Militairgerichten stehet, ist bekannt [53]).

Es giebt indessen Fälle, wo das Gesinde den Gerichtsstand seiner Herrschaft nicht hat. Es kann nämlich zuweilen einen eigenen privilegirten Gerichtsstand haben, wie dies bey dem Hofgesinde der Fall ist, wovon §. 526. Zuweilen steht es unter der Gerichtsbarkeit seiner eigenen Herrschaft, wenn diese eine Patrimonialgerichtsbarkeit hat [54]).

An

51) S. GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad cap. 10. X. de offic. Archidiaconi n. 3. (Tom. I. pag. 621.) HEDDERICH Element. iur. canon. P. II. §. 139. not. a. Man sehe indessen ENGEL Colleg. univ. iur. canon. Lib. II. Tit. II. §. 5. nr. 44.

52) Siebenkees Beyträge zum teutschen Recht 6. Th. N°. IV. §. 35. S. 161. ff.

53) Knorre Anleitung zum Kriegsproceß 2. Hauptst. §. 1. 2. und §. 12. Gnügen Kriegsrecht 3. B. 3. Kap. §. 725. Müllers Kriegsrecht. 2. Band 3. Th. 2. Kap. §. 2. Bem. I. Carl Christoph Starke Lehrbuch des allgemeinen Kriegsrechts mit besonderer Hinsicht auf das Kursächsische 2 Band (Leipzig 1799.) S. 30. Nr. 6. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts 2. Th. §. 585. S. 88.

54) FUNCKLER Diss. de familiae conductitiae foro competente. §. 23. et 24. Irrig ist es jedoch, wenn einige auch den Gesandten eine Gerichtsbarkeit über das in ihrem Dienste stehende Gefolge zuschreiben. Man sehe von Römer Grundsätze des Gesandschaftsrechts. XVII. Absch. §. 7. ff. u. §. 21. ff.

An manchen Orten ist dem Gesinde ein eigener Gerichtsstand angewiesen, welcher das Gesindeamt, oder die Stadtvogtey genennt wird. Hier kommt der Gerichtsstand der Herrschaft in keine weitere Betrachtung [55]). Endlich

3) muß auch in manchen Fällen der Erbe den Gerichtsstand seines Erblaßers anerkennen [56]). Um dieses genauer zu bestimmen, muß ein Unterschied gemacht werden, ob man den Erben, als Erben, belangen, oder ob man die ohne Rücksicht auf diese Qualität, blos als Besißer, in Anspruch nehmen will. In dem leßten Falle kommt der Gerichtsstand des Verstorbenen, als solcher, das heißt, wenn nicht der Erbe schon an sich den nämlichen Gerichtsstand mit dem Verstorbenen hat, in keine Betrachtung; sondern die Klage muß hier in dem Gericht angestellt werden, dem der Erbe entweder wegen seines Wohnorts unterworfen ist, oder welches derselbe wegen der Lage der in Anspruch genommenen Sache anerkennen muß [57]).

Wenn man hingegen wider den Erben, als solchen, klagen will, so kommt es darauf an, ob die Klage schon gegen den Verstorbenen gegründet gewesen, oder nicht, sondern jeßt erst durch die Antretung der Erbschaft wider den Erben entstanden ist. Ist das leßtere, z. B. es wird gegen den Erben die Inofficiositätsklage, oder die Erbtheilungs-

55) Dorns Gesinderecht §. 211.

56) *Io. Christph.* KOCH Diss. de foro heredis. *Giessae* 1771. und *Henr. El. Gottl.* SCHWABE Tract. de foro heredum competente. *Giessae et Lipsiae.* 1784. 8.

57) *L. 42. L. 51. L. 52. D. de Rei vindicat.* BOEHMER de Actionibus Sect. II. Cap. II. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4254.

lungsklage, oder das Interdictum quorum bonorum angestellt, oder wegen eines Vermächtnisses, oder Fideicommisses gegen ihn geklagt, so muß der Erbe in seinem eigenen Forum belangt werden, also wo er seinen Wohnsitz hat, oder wo die geklagte Sache gelegen ist [58]).

War hingegen die Klage schon gegen den Verstorbenen gegründet, so hatte ich selbige entweder schon bey Lebzeiten des Verstorbenen wider denselben angestellt, oder nicht. In dem ersten Falle, da die Klage schon in dem Forum des Verstorbenen rechtshängig geworden ist, muß der Erbe, ohne alle Rücksicht auf das ihm zustehende eigene Forum, den Gerichtsstand des Verstorbenen anerkennen, und den Proceß daselbst in dem Zustande fortsetzen, worin solcher zur Zeit der angetretenen Erbschaft sich befindet. Dies bringt nicht nur die Natur der Litispendenz mit sich [59]), sondern eben dieses bestärkt auch ein ganz deutliches Gesetz. Si is, heißt es *L.* 34. *D. h. t.* qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habeat, Romae tamen defendi debet: quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.

Wenn hingegen die Klage wider den Verstorbenen noch nicht angestellet, und daher die Sache in dem Gerichts-

58) *L. un. Cod. ubi de heredit. agit. L.* 29. §. 4. *D. de inoff. testam. L.* 1. *C. ubi fideicomm. peti oport. L.* 38 *L.* 50. *D. de iudic. L.* 47. *pr. et* §. 1. *D. de legat. I. Christ. Frid. Ge.* MEISTER Disquisit. ubi de hereditate agatur. *Goettingae* 1776. Ein mehreres §. 519.

59) *L.* 30. *D. h. t. Cap.* 19. *X. de foro compet. Clem.* 2. *ut lite pend. nihil innovet.*

richtsstande desselben noch nicht anhängig gemacht worden, so ist wieder zwischen dem generellen und dem speciellen Gerichtsstande des Verstorbenen ein Unterschied zu machen. Ist von dem besondern Gerichtsstande des Contracts, oder der geführten Administration die Rede, welchen der Verstorbene zu agnosciren verbunden gewesen, so ist es außer Zweifel, daß der Erbe in diesem Forum eben so belangt werden könne, als der Verstorbene daselbst belangt werden konnte, nämlich wenn er daselbst gegenwärtig ist, oder Güter allda besitzt, und kann sich in diesem Falle auf seinen eigenen, wenn gleich befreyeten, Gerichtsstand nicht berufen. Denn da der specielle Gerichtsstand nicht der Willkühr des Verstorbenen unterworfen war, sondern von dem Gesetz selbst unmittelbar bestimmt wird, so kann das Recht, welches der Gläubiger des Verstorbenen einmal wegen dieses Gerichtsstandes erworben hat, demselben auch durch den Erben nicht genommen werden. Hierzu kommt noch die deutliche Vorschrift der Gesetze. Ulpian sagt *L.* 19. *D. h. t.* Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur. Daß hier nicht von dem Gerichtsstande des Wohnorts, sondern des Contracts die Rede sey, erhellet theils aus den nachher §. 1. 2. et 3. dieser L. 19. hinzugefügten Beyspielen, theils aber auch vorzüglich daraus, weil man in dem Gerichtsstande des Wohnorts belangt werden kann, wenn man auch nicht gegenwärtig ist. Da nun aber Ulpian ausdrücklich sagt: daß der Erbe in dem Forum des Verstorbenen nur dann belangt werden könne, si ibi inveniatur, so giebt er dadurch deutlich zu verstehen, daß er blos von dem Gerichtsstande des Contracts

rede

rede[60]). Denn dieser bleibt unveränderlich, wenn auch der Schuldner seinen Wohnsitz ändert[61]).

Ist hingegen von dem generellen Gerichtsstande des Verstorbenen, nämlich dem foro domicilii, oder privilegiato desselben, die Rede, so ist es nun zwar sehr streitig, ob auch dieses auf den Erben übergehe, wenn die Klage wider den Verstorbenen bey dessen Leben noch nicht angestellet worden ist[62]). Ich trage indessen kein Bedenken, denen beyzutreten, welche es läugnen, daß der Erbe diesem Gerichtsstande des Verstorbenen unterworfen sey, und werde hiervon §. 515. ausführlicher handeln. Leichter kann man sich darüber vereinigen, wenn der Verstorbene einen privilegirten Gerichtsstand hatte. Denn hier stimmen die meisten Rechtsgelehrten mit einander überein, daß ein solcher Gerichtsstand nicht auf den Erben übergehe, selbst diejenigen, die in Absicht auf das forum domicilii des

60) Man sehe hier vorzüglich KOCH cit. Diss. §. 20. wo man eine vortrefliche Erläuterung der *L. 19. D. h. t.* finden wird.

61) *L. 2. Cod. de iurisdict.* wo es heißt: Ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet. Daß hier von dem Falle die Rede sey, da Jemand an dem Orte seines vorigen Wohnsitzes contrahirt hatte, zeigt DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 12. pag 979. aus unläugbaren Gründen. Ihm stimmt auch WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Disput. XVI. §. 23. bey.

62) Die verschiedenen Meinungen findet man bey KOCH cit. Diss. §. 12 — 17. WALCH Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. IV. Cap. II. §. 5. pag. 753. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4254. not. b. pag. 687. sq.

des Verstorbenen anderer Meinung sind [63]). Zwar nimmt man den Beweis gewöhnlich von der Natur persönlicher Privilegien her, und bezieht sich auf den bekannten Ausspruch des Modestins: Privilegia, quae personae sunt, ad heredem non transeunt [64]). Allein man kann auch sagen, der privilegirte Gerichtsstand trete an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts, und also muß von dem einen eben das gelten, was bey dem andern Rechtens ist [65]).

§. 511.

1) Von den Gerichtsständen des gemeinen Rechts. A) Generelle. 1) Forum originis.

Unter den generellen Gerichtsständen, die in dem gemeinen Rechte gegründet sind, verdient 1) das *Forum originis* unsere Aufmerksamkeit. Dieser Gerichtsstand wird durch den Ort begründet, welcher für das Vaterland eines Menschen gehalten wird [66]). Nach dem römischen Rechte ist das forum originis entweder *commune* oder *proprium*. Ersteres war derjenige Gerichtsstand, welchen alle freygebohrne Unterthanen des röm. Reichs, sie mochten wohnen, wo sie wollten, zu Rom hatten, wenn sie daselbst angetroffen wurden, und kein ius revocandi domum hatten [67]). Denn nach

63) Man vergleiche z. B. *Petr.* BARBOSA Commentar. ad Interpretationem tit. Dig. de iudiciis. n. 216. und HOFACKER c. l. §. 4254. Letzterer sagt: Heres in foro defuncti generali et speciali, *neque tamen privilegiato*, recte convenietur, si ibi inveniatur, idque ita, ut nullo suo proprio privilegio excusetur.

64) *L. 196. D. de Reg. iur.*

65) KOCH cit. Diss. §. 21.

66) VOET h. t. §. 91.

67) *L. 2. §. 3. 4. et 5. D. h. t. L. 28. §. 4. D. Ex quib. caus. maior.* Mein Commentar 3. Th. §. 204. S. 188.

nachdem der K. Antoninus Caracalla allen freygebohrnen Unterthanen des römischen Reichs das Bürgerrecht ertheilet hatte, so wurde die Stadt Rom nun als die communis omnium patria angesehen[68]), wo jeder Bürger, er mochte in Rom oder in einer Provinz des römischen Reichs seinen Wohnsitz haben, belangt werden konnte, wenn er gerade daselbst anwesend, und nicht besonders befreyet war[69]). Das *forum originis proprium* oder *speciale* hingegen hatte ein jeder da, wo sein Vater zur Zeit seiner Geburt Bürger war, wenn er auch nicht eben daselbst, sondern an einem andern Orte war gebohren worden[70]). Auf das zeitige Domicilium des Vaters kam es nicht an, sondern auf das Vaterland desselben, wie Ulpian ausdrücklich sagt: Filius civitatem, ex qua pater eius naturalem originem ducit, non domicilium sequitur[71]). Auch wurde auf den Geburts-

68) *L.* 6. §. 11. *D. de Excusat. tutor.* *L.* 33. *D. ad Municipal.* *L.* 19. *D. de Interdict. et Relegat.* *L.* 7. §. 15. *D. eodem.* *L.* 9. *D. de vacat. et excusat. muner.* Man sehe hier vorzüglich *Ezech.* SPANHEMII Orbis Roman. Exercit. II. Cap. 6. pag. 160. Das nämliche galt in der Folge von Constantinopel, nachdem die Residenz der christlichen Kaiser dahin verlegt, und diesem neuen Rom, wie es in der *L. fin. Cod. in quib. cauf. pignus.* und *L.* 5. *C. de oper. publ.* genennt wird, alle Rechte und Prärogativen des alten Roms waren mitgetheilt worden. *L. un. Cod. de privileg. urb. Constantinopolit.* S. *Franc.* AMAYA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. Lib. X. Tit. XXXIX. nr. 85. pag. 495.

69) *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 153. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4221.

70) AMAYA c. l. nr. 5. pag. 484. und *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iur. pag. 353.

71) *L.* 6. §. 1. *D. ad Municipalem.*

burtsort der Mutter keine Rücksicht genommen, wenn Jemand auch an eben demselben Orte war geboren worden [72]), ausser wenn entweder die materna origo besonders privilegirt war, oder jemand keinen rechtmäßigen Vater hatte. Daher sagt **Ulpian** [73]): Qui ex duobus campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed si ex patre Campano, matre Puteolana, aeque municeps Campanus est: *nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur:* tunc enim maternae originis erit municeps [74]). Utputa *Ilienſibus* concessum est, *ut qui matre Ilienſi est, ſit eorum municeps.* Etiam *Delphis* hoc idem tributum et conservatum est. CELSUS etiam refert, *Ponticis* ex beneficio POMPEII MAGNI competere, *ut qui Pontica matre natus esset, Ponticus esset:* quod beneficium ad vulgo quaesitos solos pertinere quidam putant: quorum sententiam CELSUS non probat: neque enim debuisse caveri, ut *vulgo quaesitus* matris conditionem sequeretur: *quam enim aliam originem hic habet?* sed ad eos, qui ex diversarum civitatum parentibus orirentur. Daß derjenige, welcher keinen rechtmäßigen Vater hatte, sein forum originis von der Mutter erhielt, lehrt **Heraclius** [75]):

Eius,

72) *L.* 3. *Cod. de municipibus.* Filios apud originem patris, non in materna civitate, etsi ibi nati sint, (si modo non domiciliis retineantur) ad honores seu munera posse compelli, explorati iuris est. Add. *L.* 36. *et* 44. *Cod. de Decur.*

73) *L.* 1. §. 2. *D. ad municipalem.*

74) Hierauf zielt ohne Zweifel ARISTOTELES *Politicor.* Lib. III. cap. 3. wenn er sagt: Est etiam Lex in quibusdam civitatibus, ut satis sit ex matre cive esse gentium.

75) *L.* 9. *D. ad Municipalem.*

Eius, qui iustum patrem non habet, prima origo a matre eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet. Das nämliche hatte bey denen Statt, quos patris conditio nullius vindicaret iuri civitatis, wie Kr. Julian[76]) sagt. Zuweilen konnte ein Römer auch ein doppeltes Vaterland haben, nämlich wenn er von einem cive alienae civitatis war adoptirt oder arrogirt worden[77]). Denn die Adoption hob das natürliche Vaterland nicht auf, sondern gab dem Adoptirten noch ein zweytes, nämlich das des Adoptivvaters, wie die Kr. Diocletian und Maximian reſcribiren[78]): In adoptionem quidem alienae civitatis civi recte dato *additur*, non *mutatur patria*: ac propterea ius originis in honorum ac munerum obsequio per adoptionem non minui perspicis. Ein Freygelaſſener folgte dem Vaterlande ſeines Patrons[79]); dem Domicilium deſſelben aber nur denn, wenn jenes unbekannt war[80]), und wenn er von mehreren war manumittirt worden, ſo bekam er das forum originis von allen dieſen Manumiſſoren[81]). Ueberall aber beſtimmte jedoch nur der Geburtsort des Vaters das forum originis des Sohns[82]). Auf die

76) *L.* 22. *Cod. de Decurionib.*

77) *L.* 15. §. 3. *L.* 17. §. 9 *D. ad Municip.* FINESTRES in Comment. in Hermogenianum pag. 353.

78) *L.* 7. *Cod. de Adoptionib.*

79) *L.* 17. §. 8. *D. ad Municipal. L.* 27. *pr. D. eodem. L.* 2. *C. de Municipibus.* FINESTRES cit. Commentar. pag. 360.

80) *L.* 6. §. 3. *L.* 22. *pr. D. ad Municip.* VOET Comment. ad Pand. Lib. L. Tit. I. §. 3.

81) *L.* 7. *D. ad Municipalem.*

82) AMAYA in Comment. ad Tit. Cod. de incolis nr. 21. ſqq.

die originem des Großvaters hingegen kam es in der Regel nicht an, ausgenommen, wenn der Enkel von einem Adoptivsohne in der Familie des Adoptivvaters, oder überhaupt während der Zeit, da sein Vater noch in väterlicher Gewalt war, erzeugt worden ist [83]). Sonst bestimmte der Geburtsort (origo propria) des Sohns, das forum originis des Enkels [84]).

Der besondere Gerichtsstand des Vaterlandes war nun bey den Römern unveränderlich, und dauerte fort, wenn Jemand auch schon an einem andern Orte seinen beständigen Wohnsitz aufgeschlagen hatte [85]). Ein Römer konnte

 daher

83) *L.* 17. §. 9. *D. ad Municipal.* AMAYA c. l. nr. 24.

84) Man sehe hier besonders *Chr.* THOMASII Tract. de Vagabundo s. eo, qui est sine domicilio. Cap. I. §. 52—59. und *Ant.* PEREZ Praelect. in Codicem Tit. de Municip. n. 4. sqq.

85) *L.* 6. *pr. D. eodem. L.* 11. *D. de Senator. L.* 4. *et* 5. *Cod. de Municipibus.* Diesen ist die *L.* 190. *D. de Verb. Signific.* nicht entgegen, wie *Fr. de* AMAYA in Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. pag. 485. glaubt. Denn wenn Ulpian daselbst sagt: *Provinciales* eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui ex provincia oriundi sunt; so hat dies keine Beziehung auf den Gerichtsstand, wie CUIACIUS Lib. XXIV. Observation. cap. 33. behaupten will; den auch schon CONRADI in Parergis Lib. IV. Nr. II. §. 8. pag. 503. widerlegt hat; sondern Ulpian will hier nur den Begriff von Provinzialen geben, der zu seinen Zeiten, nachdem Antoninus Caracalla allen freygebornen Unterthanen des röm. Reichs das Bürgerrecht ertheilt hatte, nur noch practisch war, und sich auf den Unterschied bezog, der in Ansehung gewisser besonderer Rechte der röm. Bürger, zu denen nun auch die Provinzialen gehörten,

daher an dem Orte, der für sein ursprüngliches Vaterland gehalten wurde, noch immer mit Aemtern und andern gewöhnlichen Lasten, denen die übrigen Bürger dieses Orts unterworfen waren, beschwert [86]), und auch daselbst, wenn er nämlich gegenwärtig war, belangt werden [87]). Wenn

fer-

ten, von dem Wohnorte abhieng. In dieser Rücksicht konnten daher freylich nur diejenigen Bürger PROVINCIALES genennt werden, welche in einer Provinz des röm. Reichs ihren Wohnsitz hatten, nicht aber diejenigen, welche zwar in einer Provinz waren geboren worden, aber nicht mehr daselbst, sondern in Italien, oder in Rom wohnten. Dieser Begriff war practisch bey Ehen, denn kein Staatsbeamter in einer Provinz durfte eine Provinzialin heyrathen; ferner bey Vormundschaften, wenn sich ein Bürger mit der Zahl der Kinder entschuldigen wollte. Hier mußte der Provinzial mehr Kinder haben, als ein Bürger, der in Rom oder in Italien wohnte. Man sehe hier *Io. God.* BAUER Opuscula iurid. Tom. I. pag. 195.

86) *L.* 1. 3. *et* 5. *Cod. de Municipibus.*

87) *L.* 29. *D. ad Municipal.* HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 47. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 86. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. § 4222. Anderer Meinung ist zwar NOODT in Comm ad Pandect. h. t. pag 153. Dem auch *Frid. Wilh.* PESTEL in Disput. de domicilio originis. (*Rintelii* 1752.) beystimmt. Dieser behauptet, daß zwar das domicilium originis in Absicht auf die munera publica personalia, aber nicht das forum originis perpetuirlich gewesen sey. Allein die Erklärung von der *L.* 29. *D. ad municipal.* daß sie von einem solchen Fall zu verstehen sey, wo derjenige, welcher an einem Orte incola ist, auch noch in loco originis sein domicilium habe und fortsetze, scheint mir sehr gezwungen zu seyn. Man sehe vielmehr THOMASII Diss. cit. Cap. II. §. 100. Die *L.* 190. *D. de V. S.* hingegen beweißt für seine Meinung gar nichts.

ferner ein Verbrecher aus der Provinz verwiesen ward, wo er seinen Wohnsitz hatte, so erstreckte sich diese Relegation auch jederzeit mit auf die Provinz, in welcher er geboren war[88]); und bey Bestellung der Vormünder für Unmündige und Minderjährige war magistratus originis eben sowohl competent, als die Obrigkeit des Orts, wo die Güter derselben gelegen waren[89]). Nur das bürgerliche Vaterland, welches durch Adoption erworben wurde, erlosch durch Emancipation[90]). Nicht minder verlohr eine Ehefrau ihr forum originis proprium durch die Ehe, wodurch sie den Gerichtsstand des Mannes erhielt[91]).

Allein diese ganze Theorie des römischen Rechts vom foro originis findet heut zu Tage nicht mehr Statt. Sie läßt sich auf unsere teutsche Verfassung nicht füglich anwenden, weil diese hierin von der Römischen ganz abweicht[92]). Heut zu Tage haben wir daher weder ein forum originis commune, noch speciale im Sinne des römischen Rechts. Hierin sind alle teutsche Rechtslehrer[93]) mit

88) *L.* 7. §. 10. 11. 13. *et* 16. *D. de Interdict. et Relegat.* *Nic.* ANTONIUS de exilio, exulumque conditione et iuribus. Lib. I. cap 13. (*in Thes. Meermannian.* T. III. pag. 37.)

89) *L. un. Cod. Ubi petant. tutor.*

90) *L.* 16. *D. ad Municipalem.* FINESTRES in Hermogenian. ad h. L. pag. 352. sqq.

91) *L. fin.* §. 3. *D. ad Municipalem. L. un. Cod. de mulieribus et in quo loco munera. L. fin. Cod. de incolis. L.* 13. *Cod. de dignitat.* AMAYA cit. Commentar. Tom. I. Tit. de Incolis nr. 26.

92) S. Joh Jac. Moser von der teutschen Justizverfassung 1. Th. 1. B. 4. Kap. §. 6.

93) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIII. §. 24. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 43. THOMASIUS cit.

einander einverstanden. Einige ältere Rechtsgelehrte wollten zwar behaupten, daß die Residenzstadt des teutschen Kaisers h. z. T. die Stelle eines gemeinschaftlichen Roms vertrete, wo jeder Teutsche, wenn er daselbst angetroffen wird, belangt werden könne, oder daß wenigstens die Residenzstadt eines jeden teutschen Landesherrn für das forum originis commune aller seiner Unterthanen zu halten sey. Allein diese abgeschmackten Hypothesen hat schon längst Stryk[94]) nach Würden widerlegt. Das heutige forum originis eines Menschen ist der Gerichtsstand, unter welchem zur Zeit seiner Geburt desselben Vater seinen Wohnsitz hatte. Auf den Ort der Geburt kommt es nicht immer an, weil ein Kind auch zufälliger Weise auf der Reise oder Flucht kann geboren worden seyn[95]). Hier ist das forum originis doch bey dem Richter, welcher die ordentliche Gerichtsbarkeit über den Vater zu der Zeit hatte, da das Kind geboren wurde[96]). Bey unehelichen Kindern richtet sich das forum originis nach dem persönlichen Gerichtsstande der Mutter, welchen dieselbe zur Zeit der Geburt des Kindes anerkannte. Bey Findelkindern wird der Ort, wo sie gefunden und erzo-

cit. Diss. de Vagabundo Cap. I. §. 65. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. § 4221. et 4222. und besonders Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 1. Th. Deduct. III. §. 11. S. 27. und 1. Bandes 4. Th. Resp. CLXIII.

94) Us. Mod. Pandect. h. t. §. 19.

95) LAUTERBACH Diss. de domicilio. §. 10. et 11.

96) Nach der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 18. begründete der jedesmahlige Wohnsitz des Vaters den ordentlichen Gerichtsstand des noch unter seiner Gewalt befindlichen Kindes, ohne Rücksicht auf den Ort, wo dasselbe geboren worden.

erzogen worden, und bey den Kindern der Vagabunden der Ort, wo sie getauft worden sind, als ihr Geburtsort angesehen [97]). Dieses forum originis ist heutiges Tages nicht unveränderlich, sondern es bleibt nur so lange begründet, als einer noch keinen eigenen Wohnsitz genommen, oder keinen andern besondern Gerichtsstand hat [98]). Ist es jedoch zweifelhaft, ob Jemand durch Errichtung eines eigenen beständigen Wohnsitzes sein forum originis verändert habe, so wird desselben Fortdauer vermuthet, bis ein anderes erwiesen ist [99]). Es hört daher nicht auf, wenn Kinder entweder des Studierens halber, oder um ein Handwerk zu erlernen, oder aus andern Ursachen, sich nur auf eine Zeitlang anderwärts aufhalten [100]). Besonders aber nimmt man bey Vagabunden, welche nirgends einen festen Wohnsitz haben, auf deren forum originis Rücksicht [1]). Denn wenn gleich ein Vagabunde vor jedem Gericht belangt werden kann, wo er angetroffen wird [2]), so kann doch, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist, die Klage wider ihn auch in foro originis angestellt, und von dem Richter dieses Orts eine Edictalcitation erlassen werden [3]). Man behauptet auch,

97) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 42. Danz Grds. des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 27.

98) LAUTERBACH h. t. §. 43. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4222. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 158.

99) VOET h. t §. 92. in fin. MEVIUS P. V. Decis. 163. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 158. in fin. pag. 288.

100) MEVIUS P. III. Decis. 71. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXV. med. 7. HOFACKER c. l. §. 4222.

1) STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 18.

2) *Leon.* BEELS Diss. de foro domicilii. *Lugd. Batavor.* 1785. Cap. II. §. 9.

3) BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. 1. Not. 6. Mein Commentar 3. Th. §. 223. Not. 72.

daß wenn ein Vagabunde verstirbt, sein Nachlaß nach den Gesetzen des fori originis beurtheilt werden müsse[4]). Allein andere widersprechen dieser Meinung aus dem Grunde, weil bey einem Vagabunden der Ort, wo er angetroffen wird, sein jedesmahliger Gerichtsstand ist. Nach den Gesetzen dieses Orts wird ihm daher auch succedirt[5]). Nur sein Immobiliar-Nachlaß wird nach den Gesetzen des Orts, wo solcher liegt, beurtheilt[6]).

§. 512.

2) Gerichtsstand des Wohnorts. Wie wird ein Domicilium constituirt?

Ein genereller Gerichtsstand wird nach dem gemeinen Rechte auch 2) durch den Wohnort des Beklagten begründet. *Forum domicilii.* Der Wohnort ist da, wo einer sich in der Absicht aufhält, um so lange daselbst zu bleiben, bis ihn besondere Ursachen bestimmen, seinen Aufenthalt zu verändern. Die Kr. Diocletian und Maximian[7]) sagen: In eo loco singulos habere *domicilium*, non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet: unde, cum profectus est, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari iam destitit. Einen Wohnsitz schlägt man nun entweder an einem Orte nach seinem Gefallen und aus freyer Entschließung auf,

4) Koch Successio ab intestato. §. 15.

5) Ludolfs systemat. Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 193.

6) Thomasii Tract. de Vagabundo Cap. III. n. 20. pag. 73.

7) *L. 7. Cod. de Incolis.*

auf, oder man muß sich solchen aus gesetzlicher Nothwendigkeit gefallen lassen. In jenem Falle ist der Wohnsitz ein freywilliger, (*domicilium voluntarium*), in diesem aber ein nothwendiger, (*domicilium necessarium*).

I) Aus rechtlicher Nothwendigkeit kann Jemand ein Domicilium haben,

a) zur Strafe. Wenn ein Verbrecher an einen gewissen Ort hin verwiesen oder gebannet worden ist [8]). Bey den Römern war besonders seit den Zeiten des Ks. Augustus die relegatio in insulam nicht ungewöhnlich [9]). Eine solche Relegation unterschied sich von der Deportation vorzüglich darin, daß sie weder das Bürgerrecht, noch Domicilium des Verwiesenen aufhob [10]), sondern nur die Folge hatte, daß der Gebannete die ihm angewiesene Insel nicht verlassen durfte, sondern dort wohnen mußte, so lange die Zeit der Relegation dauerte [11]). Alle andere Rechte behielt der Relegirte unversehrt [12]).

8) *L.* 22. §. 3. *D. ad Municipalem.* Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim *necessarium domicilium* habet.

9) *L.* 7. *D. de interdict. et relegat.* Man denke hier an das Schicksal Ovids, das er in seinen Briefen *ex Ponto* schildert. S. *Nic.* ANTONIUS in Exilio s. de exilii poena antiqua et nova, exulumque conditione et iuribus Lib. I. cap. 15. et 16. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 43. sqq.) und Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 3. Th. §. 53. S. 101.

10) *L.* 27. §. 3. *D. ad Municipal.* Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, *unde arcetur*, ut MARCELLUS scribit.

11) *L.* 7. §. 8. *D. de interdict. et relegat.*

12) *L.* 4. *et L.* 18. *D. eodem.* S. ANTONIUS de Exilio Lib. II. und Kleinschrod am angef. Ort §. 52.

b) Wegen seines Dienstes oder seiner Amtswürde. So haben

1) Soldaten da, wo sie dienen, und in ihren Standquartieren, ein domicilium necessarium, wenn sie nicht etwa in ihrem Vaterlande Güter besitzen [13]). Denn sonst haben sie das domicilium originis. Ohne Güterbesitz hingegen giebt die Geburt allein noch kein Domicilium im Vaterlande, wenn man nicht auch daselbst wohnt. Besitzt ein Soldat nicht in seinem Vaterlande, sondern an einem dritten Orte Güter, wo er nicht wohnt, so hat er daselbst nicht sein Domicilium, sondern blos an dem Orte, wo er dient [14]).

2) Die Senatoren hatten bey den Römern in sacratissima urbe ihr *domicilium dignitatis* [15]).

3) Geistliche haben ihr Domicilium an dem Orte, wo sie ihr Kirchenamt zu verwalten angestellet sind [16]). Die Rechtsgelehrten nennen solches das *domicilium beneficii ecclesiastici* [17]). Geistliche müssen also bey ihrer Kirche, oder bey ihrem Stifte Residenz halten, wenn sie auch gleich an einem andern Orte Häuser und Güter besitzen. Jedoch sind

13) *L.* 23. §. 1. *D. ad Municipal.* Miles ibi domicilium habere videtur, *ubi meret*, si nihil in patria possidet.

14) Man vergleiche *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani ICti iuris Epitomar. libr. VI. ad L. 23. §. 1. D. ad municipal. §. 1. et 2. pag. 361. sqq.

15) *L.* 8. *Cod. de incolis. L.* 11. *D. de Senatorib.*

16) BEELS Diss. de foro domicilii. Sect. I. Cap. III. §. 5. in fin. not. a.

17) VULTEIUS ad L. 2. Cod. de iurisdict. nr. 15.

sind nur Prediger zur beständigen, Canonici aber gewöhnlich nur zu einer zeitigen Residenz verbunden, wofern nicht letztere eine gänzliche Befreyung von dieser Nothwendigkeit erhalten haben [18]).

c) Wegen der ehelichen Verbindung, welche, wie Justinian [19]) sagt, eine individuam vitae consuetudinem nothwendig macht, ist die Frau dem Wohnsitz ihres Mannes zu folgen schuldig [20]), wenn sie sich auch in dem Ehevertrage ein anderes vorbehalten, und wirklich eine von dem Manne separirte Wohnung hätte [21]). In den Gesetzen wird daher dieser Wohnsitz ein *domicilium matrimonii* genennt [22]). Die Wittwe behält es zwar auch noch nach dem Tode ihres Mannes, allein es hängt doch nun von ihrer Willkühr ab, diesen Wohnsitz zu verändern [23]).

d) We-

18) Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten §. 358. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 553. et 554.

19) §. 1. *I. de patr. potest.* *L.* 1. *D. de ritu nuptiar.*

20) *L.* 65. *D. h. t.* *L. ult.* §. 3. *D. ad Municipal.* *L. fin. Cod. de incolis.*

21) Ein solcher Vertrag würde theils gegen die conditio matrimonii, wie Ulpian sagt *L.* 65. *in fin. D. h. t.* theils contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, wie sich eben dieser Jurist *L.* 14. *in fin. D. Soluto matrim.* ausdrückt, streiten, und kann daher wenigstens in Absicht auf das forum domicilii des Mannes, dem die Frau dennoch unterworffen bleibt, von keiner Wirkung sagen. S. HUBER h. t. §. 45. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 92.

22) *L.* 5. *D. de ritu nuptiar.*

23) *L.* 22. §. 1. *D. ad Municipal.* *L. ult. Cod. de incolis* S. CRELL Diss. de foro viduarum §. 3.

d) Wegen des aus der väterlichen Gewalt entstehenden Verhältnisses müssen endlich auch Kinder, so lange sie bey dem Vater und in desselben Gewalt sind, seinem Wohnorte folgen. Ulpian[24]) sagt zwar: Filius civitatem, ex qua pater eius naturalem originem ducit, *non domicilium sequitur*. Allein daß Ulpian hier von dem foro originis rede, welches sich freylich nicht nach dem jedesmaligen Wohnsitz des Vaters richtet, ist schon oben (S. 256.) bemerkt worden. Von diesem ist aber das Domicilium der Kinder zu unterscheiden, die noch in väterlicher Gewalt sind. Dies ist allerdings nach dem Domicilium des Vaters zu beurtheilen[25]). Sodann ist auch wohl Ulpian nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Sohn mit Einwilligung des Vaters einen eigenen Wohnsitz aufgeschlagen hat[26]). Denn an einem andern Orte[27]) sagt eben dieser Jurist: Placet etiam, et filiosfamilias domicilium habere posse. Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit. Hierher gehört auch, was Papinian[28]) sagt: Patris domicilium, filium, aliorum (d. i. wie Pothier[29]) bemerkt, *alterius municipii*) incolam, civilibus muneribus alienae civitatis non adstrin-

24) *L.* 6. §. 1. *D.* ad *Municipal.*

25) VOET Comment. h. t. §. 100. und *Io. Flor.* RIVINUS in Diss. de non praesumta domicilii mutatione *Lipsiae* 1726. §. 7.

26) So verstehen auch PEREZ Praelect. in Cod. Lib. X. Tit. 39. nr. 9. und POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. III. Tit. ad Municipalem Nr. XXV. p. 594. den Ulpian.

27) *L.* 3. *et* 4. *D. ad Municipal.*

28) *L.* 17. §. 11. *D. eodem.*

29) Loc. cit. not. c.

adſtringit; cum in patris quoque perſona domicilii ratio temporaria ſit. Dahingegen kann

e) durch die letzte Willensverordnung eines Verſtorbenen Niemandem, dem auch unter dieſer Bedingung eine Erbſchaft oder Vermächtniß hinterlaſſen worden iſt, die Verbindlichkeit eines beſtändigen Wohnſitzes an einem beſtimmten Orte aufgelegt werden, indem vielmehr eine ſolche Bedingung, als eine das Recht der natürlichen Freyheit kränkende, für unverbindlich, und daher für nicht beygefügt zu halten iſt [30]).

II) Aus freyer Entſchließung wird ein Domicilium conſtituirt,

1) wenn man ſich an einem Orte mit ſeinem Vermögen niederläßt, und zwar dabey

2) die Abſicht hat, an dieſem Orte beſtändig zu bleiben, ſo lange nicht beſondere Urſachen uns beſtimmen, dieſen Aufenthalt zu verändern.

Die bloße Wohnung an einem Orte iſt ſo wenig, als der bloße Beſitz eines Hauſes zur Errichtung eines Domiciliums hinreichend, wenn nicht jene Abſicht, daß man an dem

30) *L.* 71. §. 2. *D. de condit. et demonſtrat.* Titio centum relicta ſunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel *ut in illa civitate domicilium habeat:* poteſt dici, non eſſe locum cautioni, *per quam ius libertatis infringitur.* Nur ſeinen Freygelaſſenen konnte ein Römer eine ſolche Bedingung auflegen. *L.* 8. §. *ult. D. de aliment. et cibar. legat. L.* 52. *D. de manumiſſ. teſtam.* S. *Gregorii* MAIANSII Diſſ. de his, quae ſub modo relinquuntur. §. 21. (in EIUS *Diſputat. iuris* Tom. II. pag. 133.)

dem Orte seinen beständigen Wohnsitz haben wolle, damit verbunden ist. **Papinian**[31]) sagt ausdrücklich: Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit; und auf gleiche Art rescribiren die Kr. **Diocletian** und **Maximian**[32]): Cum neque originales, neque incolas vos esse memoratis; ob solam domus vel possessionis causam publici iuris auctoritas muneribus subiugari vos non sinet. Nur dann findet eine Ausnahme Statt, wenn in einem Lande der volle Landsassiat eingeführt ist. Hier kann der bloße Besitz liegender Güter ein Domicilium bewirken[33]). Es ist aber auch die bloße Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, für sich nicht hinreichend, wenn nicht das factum der Habitation noch hinzukommt. Daher sagt **Paulus**[34]): Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; und **Pomponius**[35]) erfordert zum Begriff eines incola schlechterdings, ut in loco quodam, quasi in aliqua sede, moretur. Es ist indessen gar wohl möglich, daß Jemand ein zweyfaches Domicilium hat. Dies ist der Fall, wenn Jemand an zwey verschiedenen Orten völlig eingerichtete Wirthschaften hat, und abwechselnd bald an dem einem, bald an dem andern sich aufhält, oder Gewerbe treibt. **Labeo** war zwar anderer Meinung, wie **Paulus**[36]) bemerkt hat. LABEO iudicat, sagt dieser Jurist,

31) *L.* 17. §. 13. *D. ad Municipal.*

32) *L.* 4. *Cod. de incolis.*

33) GEISLER Commentat. de Landsassiatu. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4224. not. f.

34) *L.* 20. *D. ad Municipal.*

35) *L.* 239. §. 2. *D. de Verb. Signific.*

36) *L.* 5. *D. ad Municipal.*

rist, eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere. Er selbst hält indessen die gegentheilige Meinung für richtiger. Für diese letztere Meinung stimmt auch Ulpian[37]), wenn er sagt: Viris prudentibus placuit, *duobus locis posse aliquem habere domicilium;* si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur; und an einem andern Orte[38]) sagt eben dieser Rechtsgelehrte: CELSUS *libro primo Digestor.* tractat: Si quis instructus sit duobus locis aequaliter, neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, existimatione animi esse accipiendum. Ego dubito, si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere? et *verum est habere*, licet difficile est. In einem solchen Falle nun, da Jemand an zwey verschiedenen Orten ein Domicilium hat, muß er die Gerichte beyder Orte als seinen persönlichen Gerichtsstand anerkennen, und es hängt lediglich von der Wahl des Klägers ab, wo ihn derselbe belangen will[39]).

§. 513.

Ein domicilium voluntarium kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend constituirt werden.

Die Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, kann sowohl ausdrücklich, als still-

37) *L.* 6. §. 2. *D. eodem.*

38) *L.* 27. §. 2. *D. eodem.*

39) *Io.* ZANGER Tr. de Exceptionibus P. II. Cap. I. n. 95. LAUTERBACH Colleg Pand. h. t. §. 45. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 159. Anderer Meinung ist jedoch VOET h. t. §. 92. Dieser behauptet, daß der Beklagte da zu belangen sey, wo er sich zur Zeit der angestellten Klage mit seiner Familie aufhält.

stillschweigend, durch Handlungen, zu erkennen gegeben werden. Ersteres geschieht, wenn Jemand an dem Orte, wo er wohnt, sich unter die Zahl der Bürger hat aufnehmen lassen, und, gleich andern Unterthanen, den Huldigungseid geleistet hat[40]). Stillschweigend wird die Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, geäussert,

1) wenn Jemand sich an einem Orte niederläßt, und daselbst Handel und Gewerbe zu treiben anfängt, auch alles dasjenige thut, wozu andere Einwohner des Orts berechtiget oder verbunden sind[41]).

2) Wenn Jemand seine Sachen, die er an seinem bisherigen Wohnorte besessen hatte, verkauft, und sich mit Frau und Kindern an einen andern Ort hin begiebt, und daselbst eine neue Haushaltung einrichtet[42]).

3) Wenn

40) Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 25. S. 115.

41) *L.* 27. §. 1. *D. ad Municipalem.* Si quis negotia sua in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balineo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibusque denique municipii commodis fruitur, ibi habere videtur domicilium.

42) *L.* 203. *D. de verbor. signific.* Constitutum est, *eam domum* unicuique nostrum debere existimari, *ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.* Es ist hier zu bemerken, daß das Wort domus hier für domicilium genommen wird. Man sehe *L.* 5. §. 2. *D. de iniur* Sonst sind domus und domicilium ganz verschieden. S. POPMA de Different. verbor. pag. 218. (*edit.* 1741.) und CUJACIUS lib. XXIV. Obs. 33. Man kann ein eigenes Haus besitzen, ohne ein Domicilium an dem Orte zu haben. *L.* 17. §. 13. *D. ad municip. L.* 4. *C. de incol.* Man kann aber auch ein Domici-

3) Wenn Jemand den größten Theil seiner Güter an einen Ort hingebracht hat, und daselbst zu wohnen anfängt, ohne daß eine andere Ursache bekannt ist, weswegen er sich etwa nur eine Zeitlang aufhalten wolle [43]).

4) Wenn Jemand an einem gewissen Orte ein Amt übernimmt, welches seine beständige Gegenwart daselbst erfordert [44]).

Dahin-

micilium haben, ohne ein eigenes Haus zu besitzen. *L.* 5. §. 2. *D. de iniur.* *Sedes* heißen hier so viel als lares, und bezeichnen nicht eine jede Wohnung, sondern ein solches Haus, worin der Römer sein lararium d. i. seine Hauscapelle hatte, wo er seine Laren und Penaten, d. i. seine Hausgötter, verehrte. Den Ausdruck larem fovere, der *L.* 2. *C. ubi Senator. vel Clariss.* vorkommt, erklärt sehr gut ZANGER de Exceptionib. P. II. Cap. I. nr. 15. sqq. Man sehe auch Alex. Adam Handbuch der römischen Alterthümer. 1. Th. S. 513. f. *Tabulae* heissen hier die Hausrechnungs- und Tagebücher, worin der römische Hausvater seine Einnahme und Ausgabe aufzuzeichnen pflegte. CICERO *Verrin.* II. c. 7. 74. 76. et pro *Roscio Com.* c. 1. ERNESTI Clav. Ciceron. v. *Tabula.* Endlich *constitutionem rerum suarum facere* heißt hier soviel als rem suam familiarem ita instruere, ut appareat, aliquem fixam ibi sedem habere velle. S. *Anf. Frid.* PISTORIUS in Diss. ad Fragmenta, quae ex *Alfeni Vari* libris XL Digestor. supersunt, praes. *Car. Christ.* HOFACKER def. *Tübingae* 1775. ad L. 203. cit. pag. 131. sq.

43) *L.* 2. *C. ubi Senator.* Senatores — in provinciis, ubi larem fovent, aut *ubi maiorem bonorum partem possident, et assidue versantur*, respondebunt.

44) Man vergleiche hier vorzüglich ZANGER de Exceptionibus P. II. Cap. I. nr. 15 — 55. und VOET h. t. §. 97. et 98.

Dahingegen läßt sich daraus, daß Jemand, wenn gleich eine geraume Zeit hindurch, wegen seiner Geschäfte, oder Gesundheit, oder wegen Studierens, oder um einer drohenden Kriegs- oder andern Gefahr zu entgehen, an einem Orte sich aufhält, die Aufschlagung eines beständigen Wohnsitzes noch keines weges folgern[45]). Man kann daher nicht sagen, daß ein Kaufmann an dem Orte ein Domicilium habe, wo er zu Meßzeiten seine Handlung zu treiben pflegt, wenn er auch deswegen an dem Orte einen Laden, oder Gewölbe, oder Niederlage der Waaren gemiethet hätte[46]). Auch die bloße Uebernehmung eines Pachts an einem andern Orte, wenn gleich selbiger auf mehrere Jahre geschloßen worden, und mit dem persönlichen Aufenthalte auf dem gepachteten Gute verbunden wäre, begründet keinen beständigen Wohnsitz, gesetzt auch, daß der Pächter deswegen dem Fürsten dieses Landes den Huldigungseid geleistet hätte[47]). Eben so wenig kann aus der Länge der Zeit allein, da Jemand sich an einem gewissen Orte aufgehalten, beurtheilt werden, ob er daselbst sein Domicilium aufgeschlagen

45) *L.* 19. §. 2. *D. h. t.* *L.* 5. §. 5. *D. de iniur.* *L.* 7. *Cod. de incolis.* Videtur enim, inde profectus, saltem peregrinari, ac si redierit, peregrinari destitisse, wie *L.* 7. *C. cit.* sagt. S. VOET h. t. §. 98. und RIVINUS cit. Diss. de non praesumta domicilii mutatione. §. 20. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159.

46) *L.* 19. §. 2. *D. h. t.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. IX. §. 25. LYNCKER Decis. 1201.

47) Man sehe Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 75. RIVINUS cit. Diss. §. 19. Ein Anderes verordnet die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. 1. Th. 2. Tit. §. 12.

gen habe, wie unser Verfasser sehr richtig bemerkt hat. Denn die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [48]), welche aus einem zehenjährigen Aufenthalte an einem Orte die Aufschlagung eines beständigen Wohnsitzes vermuthen wollen, ist schon längst von andern mit Grund verworfen worden [49]).

Ueberhaupt ist es in solchen Fällen, da Zweifel entsteht, ob Jemand an einem gewissen Orte sein Domicilium aufgeschlagen habe, dem klugen Ermessen des Richters billig zu überlassen, nach den Umständen zu beurtheilen, ob Jemand

48) MASCARDUS de Probationib. Conclus. DXXXV. nr. 7. COTHMANN Vol. I. Resp. XXI. n. 64. *Fr. de* AMAYA Commentar. ad Tit. Cod. de incolis nr. 104. sqq. Man beruft sich auf die *L.* 2 *C. de incolis.* Allein dies Gesetz redet von einem besondern Falle, woraus sich keine allgemeine Regel herleiten läßt. S. *Leonh.* BEELS Diss. de foro domicilii. Cap. II. §. 4. Ueberdem beweisen die Worte der *L.* 2. *cit.* nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint, deutlich, daß auch bey denen, welche sich studiorum causa an einem Orte aufhalten, der bloße Ablauf von zehen Jahren nicht genüge, wenn nicht noch andere Thatumstände diese Absicht, daselbst ein Domicilium zu errichten, unterstützen; z. B. wenn sie daselbst Häuser und andere Grundstücke kaufen, wie auch DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 12. *Ant.* MATTHAEI de Iudiciis (*Amstelodami* 1665. 8.) Disputat. IV. §. 10. und *Io. Did. van* LEEUWEN in Diss. de iuris studiosis P. I. (*Trajecti ad Rhen.* 1757.) Cap. I. §. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nova Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tit. I. pag. 351.) bemerkt haben. Man sehe auch HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 44.

49) LAUTERBACH Diss. de domicilio §. 32. LEYSER Meditat. ad Pandect Vol. II. Specim. LXXII. medit. 2. WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 148. RIVINUS cit. Diss. §. 25.

durch Thathandlungen seine Absicht hinlänglich zu erkennen gegeben habe, daß er einen gewissen Ort zu seinem beständigen Wohnsitz wählen wolle[50]). Denn auch selbst die eigene Erklärung desjenigen, von dessen Domicilium die Frage ist, kann hier nicht immer zur Entscheidung dienen, weil die Erfahrung lehrt, daß diese oft, als eine protestatio facto contraria, in keine Betrachtung kommen kann[51]). Im Zweifel ist daher immer eher zu vermuthen, daß Jemand sein väterliches oder bisheriges Domicilium fortgesetzt, als ein neues aufgeschlagen habe[52]). Denn eine Veränderung des Wohnsitzes wird im Zweifel nie vermuthet[53]). Daher liegt jederzeit demjenigen der Beweis ob, der dieses behauptet[54]).

§. 514.

50) VOET ad Pand. h. t. §. 97. LEYSER Specim. LXXII. medit. 1. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 27. S. 63.

51) Beyspiele findet man bey CRAMER Observat. iur. univ. T. V. Obs. 1392. bey Struben in den rechtlichen Bedenken IV. Th. B. 75. bey Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen I. Bandes IV. Th. Decis. CLXIII. pag. 1035. und in meinen mit Hrn. Hofr. Geiger herausgegebenen merkwürdigen Rechtsfällen 2. Th. Nr. XXX. S. 204. ff.

52) VOET h. t. §. 92. ZANGER de Exceptionibus P. II. Cap. I. nr. 9—14.

53) *Io. Flor.* RIVINUS in Diss. de non praesumta domicilii mutatione. *Lipsiae* 1726.

54) *L.* 22. *D. de Probationib.* LAUTERBACH Diss. de domicilio §. 65. nr. 246. und RIVINUS cit. Diss. §. 29.

§. 514.

Wie weit ist eine Veränderung des Wohnsitzes erlaubt?

In der Regel hängt es nun von eines jeden freyen Willen ab, einen Wohnort zu wählen, wo es ihm gefällt, und also auch sein bisheriges Domicilium wieder zu verändern. Nihil est impedimento, sagt Marcellus[55]), quominus quis, ubi uelit, habeat domicilium, quod ei interdictum non sit; und schon Cicero[56]) hielt dies für eine Hauptgrundveste der Freyheit, *ne quis invitus civitate mutetur; neve in civitate maneat invitus;* so wie er es im Gegentheil für ein *exilium terribile* hält, *si quasi circumscriptus est habitandi locus*[57]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß derjenige, welcher einen neuen Wohnsitz aufschlagen will, die Fähigkeit habe, den dazu erforderlichen Willen zu erklären. Daher können Kinder unter sieben Jahren, ferner Rasende und wahnsinnige Personen, wenn nicht letztere etwa lichte Zwischenräume haben, kein Domicilium constituiren[58]); sondern erstere behalten das domicilium ihres Vaters, letztere hingegen denjenigen Wohnsitz, welchen sie sich vor dem Verlust ihres Verstandes consti-

 tuirt

55) *L.* 31. *D. ad Municipalem. L.* 12. §. 9. *D. de captivis et postlim. rev.* VOET h. t. §. 99.

56) *Orat. pro Corn. Balbo.* Cap. 13.

57) *Paradox. cap.* 2.

58) §. 8. *et* 10. *I. de inutil. stipulat. L.* 5. *L.* 40. *D. de Reg. iur. L.* 1. §. 12. *et* 13. *D. de Oblig. et action. L.* 6. *C. de curat. furiosi.*

tuirt haben[59]). Auch Unmündige und Minderjährige können nicht ohne Einwilligung ihrer Vormünder und der Obrigkeit[60]), so wie Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt sind, nicht ohne Einwilligung ihres Vaters ihren Wohnsitz verändern[61]), außer wenn sie in dem Alter und Zustande sind, daß sie sich mit Zulassung der Gesetze von den Eltern trennen, und eine eigene Haushaltung anstellen können.

2) Darf auch die Veränderung des Wohnsitzes nicht in der Absicht geschehen, um dadurch die Rechte eines Andern zu kränken, oder sich dadurch gewissen besondern Pflichten ungebührlicher Weise zu entziehen. Daher darf

a) eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne in einer rechtmäßigen und noch bestehenden Ehe lebt[62]), ihren

59) FRANZKIUS Lib. I. Resolution. 16. nr. 29. sqq. LAUTERBACH Diss. de domicilio. §. 35.

60) LAUTERBACH c. l. § 36. BYNCKERSHOEK Quaestion. iur. privati. Lib. I. cap. 16. RIVINUS cit. Diss. §. 23.

61) LAUTERBACH cit. Diss. §. 37. nr. 130. — nr. 132. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. 21. S. 340.

62) Ist die Ehe getrennt, so kann zwar, wie bereits oben (S. 267.) bemerkt worden, die Frau ihr Domicilium nach Gefallen wieder verändern; man sehe auch WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 260. Hat ihr jedoch der verstorbene Mann ein Legat unter der Bedingung hinterlassen, wenn sie nicht wieder heyrathen, oder so lange sie sich an dem Wohnorte ihres verstorbenen Mannes mit ihren Kindern aufhalten, und solche bey sich behalten

ihren Wohnsitz nicht nach eigenem Gefallen ändern, sondern sie muß vielmehr ihrem Manne folgen, wo es diesem gefällt, seinen Wohnsitz aufzuschlagen, wenn gleich in dem Ehevertrage wäre festgesetzt worden, daß der Mann nicht wider den Willen der Frau sein Domicilium verändern solle[63]). Dieser Vertrag kann den Ehemann nicht binden, wenn er ein neues Amt, welches ihn anderswohin ruft, er-

 hält,

halten wird, so verliert sie ihr Vermächtniß, wenn sie durch eine zweyte Heyrath, oder durch Trennung von ihren Kindern ihren Wohnsitz verändert. *L.* 30. §. 5. *D. de Legat. III. Nov. XXII. cap.* 44. CRELL Observationes de foro viduarum. §. 5. und Westphal hermenev. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 604.

63) VOET h. t. §. 101. et ad Tit. Digest. de pact. dotal. §. 20. MEVIUS P. VI. Decis. 227. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159. pag. 291. Danz Grundsätze des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 27. S. 64. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Diss. de domicilio §. 61. *El. Aug.* STRYK Diss. de mutatione domicilii. Cap. IV. nr. 18. sqq. WERNHER select. Observation. for. T. III. P. II. Obs. 261. und *Io. Henr.* BALECKE in Commentat. de iuribus ex mutatione domicilii maxime intuitu coniugam resultantibus. (*Rostockii* et *Wismariae* 1755.) Sect. I. §. 9. Allein selbst diese Rechtsgelehrten nehmen den Fall aus: *si iusta et urgens supervenerit domicilii mutandi causa*, man sehe LAUTERBACH c. l. §. 63. und in Colleg. Pand. Tit. de Ritu nupt §. 89. auch WERNHER c. l. Sie setzen aber auch ausserdem die Wirkung des Vertrags doch nur darin, daß die Frau das Interesse zu fordern berechtiget sey, wenn der Mann dem Vertrage zuwider seinen Wohnsitz ändert, und diese Veränderung für die Frau nachtheilig ist; S. LAUTERBACH c. l. §. 62. Dies läugnet auch VOET h. t. §. 101. nicht.

hält, oder andere Ursachen ihn bestimmen, seinen bisherigen Wohnsitz zu verändern[64]). Streitiger hingegen ist die Frage, ob die Frau auch dann verbunden sey, dem Manne zu folgen, wenn dieser eines begangenen Verbrechens wegen seinen bisherigen Wohnungsort zur Strafe verlassen muß. Mehrere Rechtsgelehrten[65]) behaupten dieses wirklich, deren Meinung auch unser Verf. an einem andern Orte[66]) beygetreten ist. Die Gründe sind, weil Ehegatten Glück und Unglück mit einander theilen müssen[67]), überdem die Ehe eine individua vitae consuetudo sey, deren Band durch die Relegation des Ehemanns nicht aufgelößt werde[68]). Allein die meisten Rechtsgelehrten[69]) stimmen billiger

64) Nach dieser Meinung sprach auch die römische Rota im Jahr 1784. Man sehe Franz Jos. Hartlebens vollständige Anzeigen und unparth. Beurtheilung der neuesten juristischen Litteratur für das Jahr 1784. (Mainz 1785.) S. 476. f.

65) CARPZOV Iurisprud. Consistor. Lib. II. Definit. 203. nr. 12. und in Iurisprud. for. P. IV. Const. 47. Def. 7. VOET h. t. §. 101. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der teutschen Christen. §. 168.

66) Tom. II. §. 1225. in fin.

67) *L.* 22. §. 7. *D. Soluto matrim.*

68) *L.* 24. *Cod. de donat. inter vir. et uxor. L.* 1. *Cod. de repud. Nov. XXII. cap.* 13.

69) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 413. nr. I. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 34. S. 115. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXI. S. 339. Schott Einleitung in das Eherecht §. 182. Not. ****. S. 401. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 27. S. 64. u. a.

ger für die entgegen gesetzte Meinung, wenn eine solche Veränderung des Wohnsitzes für die Frau zum offenbaren Nachtheil und Ruin ihres Hauswesens gereichen würde; und diese Meinung ist auch in der Praxis [70]) angenommen. Denn es läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß dies ein solcher Unglücksfall sey, dergleichen die Frau mit zu tragen verbunden ist, wenn der Mann eines begangenen Verbrechens wegen des Landes verwiesen wird. Die individua vitae consuetudo kann auch in keine Betrachtung kommen, wenn dadurch die unschuldige Ehefrau mit gestraft werden würde, die nichts verbrochen hat. Denn die Gesetze wollen nicht, daß Jemand wegen des Verbrechens eines andern leide. Der Titel des Codex: *ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conveniatur* (IV. 12.) redet zwar nur von bürgerlichen Fällen, aber nach der ganzen Analogie und dem Grunde des Gesetzes muß die Anwendung davon auch auf peinliche Fälle gemacht werden [71]). Denn ganz allgemein ist die Verordnung der *L.* 22. *C. de poenis:* Sancimus, ibi esse poenam, ubi et noxia est. Propinquos, notos, familiares procul a calumnia summovemus, quos reos sceleris societas non facit. Nec enim adfinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt, *Peccata igitur suos teneant auctores:* nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum. **Lauterbach** [72]) wendet zwar

70) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159. pag. 291. in fin. et sq.

71) **Kleinschrod's** systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 37. S. 89. ff.

72) Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIII. Tit. 2. §. 90.

zwar dagegen ein, was Folge der ehelichen Verbindung ist, sey keine Strafe. Allein daraus würde folgen, daß die Frau dem Mann auch auf dem Zuchthause oder auf der Festung Gesellschaft leisten müßte. Soweit läßt sich aber doch wohl das consortium omnis vitae, welches nach **Modestin**[73]) den Character der ehelichen Verbindung ausmacht, nicht ausdehnen. Es widerspricht vielmehr Kr. **Constantin**[74]), welcher ganz ausdrücklich verordnet: ne alieni criminis infortunio adstringatur uxor. Nach dem neuern Röm. Recht hebt zwar die Strafe des Mannes, wenn sie auch in einer Deportation besteht, die Ehe nicht ipso iure auf[75]); aber sie giebt doch der Frau ein Recht, die Trennung der Ehe gerichtlich zu verlangen[76]).

b) Auch Leibeigene dürfen ihren Wohnsitz ohne Einwilligung des Leibherrn nicht verlassen. Geschieht solches, so können sie nicht nur aller Orten, wo man sie antrift, in Anspruch genommen und zurückgefordert, sondern auch deshalb mit einer willkührlichen Strafe belegt werden[77]). Eben so wenig können

c) die-

73) *L.* 1. *D. de ritu nuptiar.*

74) *L.* 24. *Cod. de donation. inter vir. et uxor.*

75) Man sehe hier besonders *Corn. Wilh. de* RHOER Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom. Fasc. I. (*Groeningae* 1776. 8.) Diss. VI. §. 35. pag. 297. sqq.

76) *L.* 8. §. 2. *Cod. de repudiis.*

77) Quistorps Abhandlung, ob und in wie ferne die Veränderung des Aufenthalts als ein Verbrechen anzusehen sey, und welche Strafe deshalb Statt finde? (in desselben Beyträgen Nr. XXI. S. 342. f.)

c) diejenigen, welche in öffentlichen Aemtern und Bedienungen bisher gestanden haben, ohne erhaltenen Abschied sich entfernen, so wie man auch von denjenigen, welche bisher gewisse Rechnungen geführt, oder andere Geschäfte verwaltet haben, erfordert, daß sie zuvor gehörig Rechnung ablegen, ehe sie ihren Aufenthalt verändern[78]). Es können aber auch

d) andere Unterthanen, die in einer solchen Verbindung nicht stehen, in Ansehung der Emigrationsfreyheit durch die Gesetze des Landes, in welchem sie bisher ihr Domicilium gehabt haben, auf mancherley Art beschränkt seyn[79]); und es ist wohl ohne Zweifel diejenige Einschränkung bey weiten für die billigste zu halten, wenn Unterthanen, welche mit ihrem Vermögen aus dem Lande ziehen wollen, wenigstens ihr Vorhaben der Landesobrigkeit anzuzeigen, und die dem Staat zukommende Nachsteuer oder das

78) Quistorps angeführte Abhandlung S. 335. f.

79) *Io. Christph.* RUDOLPH Observationes de iure emigrandi et transmigrandi subditorum. *Erlangae. Io. Ge. Frid.* HEYD de iure emigrandi in Germania. *Tubingae* 1775. *Io. Frid. Wilh.* SCHLEGEL Commentat. de eo quod iustum est circa emigrationem civium. *Goettingae* 1787. *Frid.* HIRSCH Commentat. de iure emigrationem civium prohibendi. *Goett.* 1787. *Erhard.* LETH Commentat. de iure emigrandi ex uno territorio in aliud Germaniae et in exteras oras eiusque restrictione. *Goettingae* 1788. und *Io. Aug. Lud.* SEIDENSTICKER Commentat. de iure emigrandi. *Götting.* 1788. Ausser diesen Schriften ist auch noch zu bemerken *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de limitibus, quibus facultas domicilii mutandi circumscribitur, *Vitembergae* 1791.

das Abfahrtsgeld zu entrichten angewiesen sind[80]). Nur der Religion wegen gestatten die teutschen Reichsgesetze allen und jeden Unterthanen des teutschen Reichs eine uneingeschränkte Freyheit auszuwandern[81]), so daß auch sogar Leibeigene von ihren Leibherren, im Falle ihr Wegzug lediglich die Gewissensfreyheit zum Grunde hat, nicht daran verhindert werden dürfen, wenn sie ausser dem gewöhnlichen Abzugsgelde, auch das übliche Lösegeld für die Erhaltung ihrer Freyheit zu bezahlen bereit sind[82]).

Wenn

80) Man vergleiche hier das allgemeine Preußische Landrecht 2. Th. Tit. 17. 2. Abschn. §. 127. ff. S. 1019. In den §§. 139. und 140. heißt es: Wer ohne die vorgeschriebene Anzeige, und die erforderliche Erlaubniß des Staats auszuwandern unternimmt, hat willkührliche Geld- oder Leibesstrafe verwirkt; und wer dem Staate das demselben zukommende Abfahrtsgeld zu entziehen sucht, muß den vierfachen Betrag desselben zur Strafe entrichten.

81) Zuerst geschahe dieses in Ansehung der Katholiken durch den Reichsabschied von 1530. §. 60. nachher wurde es in dem Religionsfrieden von 1555. §. 24. zwar auch auf die Evangelischen erstreckt, jedoch so, daß die besondern Rechte und Gewohnheiten eines jeden Orts in Ansehung der Nachsteuer ausdrücklich vorbehalten blieben. Weil jedoch über den Sinn dieser Reichsgesetze unter beyden Religionspartheyen mancherley Streitigkeiten und Beschwerden entstanden, so wurden diese durch den Westphälischen Frieden vom Jahr 1648. *Art. V.* §. 30. 36. u. 37. endlich und gänzlich beygelegt. S. Moser von der Landeshoheit im Geistlichen. B. IV. Kap. 14. §. 9. und HEYD cit. Diss. §. 37.

82) *Pax. Relig.* de 1555. §. 24. et *Instrum. Pac. Osnabrug.* Art. V. §. 37. Quistorp angef. Abhandlung S. 341.

Wenn übrigens unser Verf. noch bemerkt, daß die Nachsteuer, welche von den mit ihrem Vermögen auswandernden Bürgern oder Unterthanen gefordert wird (census emigrationis, gabella emigrationis), ihren Ursprung aus der ehemaligen teutschen Knechtschaft oder Leibeigenschaft herleite, und nachher durch das Herkommen, welches jedoch im Zweifel bewiesen werden müsse, weiter erstreckt worden sey, so berührt er hier einen Punct, der, wie bekannt, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig ist. Er betrift die Frage, ob das Recht, Nachsteuer zu fordern, ein Ausfluß der Landeshoheit sey, oder ob selbiges, ohne Rücksicht auf dieselbe, in einem bloßen Herkommen gegründet sey, welches daher von demjenigen, der selbiges ausüben will, im Zweifel jederzeit bewiesen werden müsse? Ersteres läugnen mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte, welche die Nachsteuer in Ansehung der Bauern für ein gutsherrliches, in Ansehung der Bürger hingegen für ein obrigkeitliches Recht halten, wovon jenes in der ehemaligen Leibeigenschaft, letzteres hingegen in der Theilnahme an den gemeinschaftlich contrahirten Schulden seinen ursprünglichen Grund habe, bis dann durch das Mittel der Retorsion die Nachsteuer nach und nach allgemeinen Herkommens geworden sey [83]). Diese Rechtsgelehrten führen zur Begründung ihrer Meinung an, daß selbst die teutschen Reichsgesetze, welche von der Nachsteuer reden, die-

83) HEINECCIUS Elem. iur. germ. T. I. §. 61. Not. *). LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCXXX. medit. 1—3. Häberlin im Handbuch des teutschen Staatsrechts 3. Band (Berlin 1797.) §. 368. S. 164. Klein in den merkwürdigen Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Facultät. 3. Band Nr. XVI. S. 257. ff.

dieselbe nicht für ein landesherrliches Regal erklärten, sondern nur wollten, daß es damit, wie es jedes Orts von Alters her üblich, hergebracht, und gehalten worden sey, gelassen werden solle[84]). Andere hingegen halten das Nachsteuerrecht für ein Recht der Landeshoheit, welches Verhinderung des Auswanderns der Staatsmitglieder zum Zweck, zugleich aber Entschädigung des Staats für das ausser Landes gehende Vermögen, welches bisher als integrirender Theil des öffentlichen Staatsvermögens angesehen und behandelt worden ist, zum Hauptgrunde habe[85]). Diese behaupten daher, daß jeder teutsche Landesherr, vermöge der ihm zustehenden Landeshoheit, Nachsteuer einzuführen befugt sey, wenn auch gleich diese Art von Abgabe bisher noch nicht gefordert worden ist. Nur Mediaten, die sich ein solches Recht anmaßen, müßten

84) R. A. von 1530. §. 60. R. A. von 1555. §. 24. und von 1594. §. 82. und 84.

85) Franz Jos. Bodmanns Pragmatische Geschichte, Grund und inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts in Teutschland. Mainz 1791. 8. Ebendesselben inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts. Mainz 1791. und Ebendesselben äusseres oder nachbarliches Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts in Teutschland überhaupt, und im Erzstifte Mainz insbesondere. Mainz 1795. 8. Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Becks Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn. Baireuth 1781. 4. Vorrede und Th. 1. Kap. 1. Bem. 2. Westphal teutsches und reichsständisches Privatrecht 1. Th. 4. Abhandl. und Wilh. Aug. Frid. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band §. 322. bis §. 326.

ten dieses erweisen. Da die Lehre vom Nachsteuerrecht nicht hierher gehört, so liegt auch die weitere Untersuchung jener Frage ausser meiner Sphäre.

§. 515.

Beschaffenheit und Umfang des fori domicilii.

In der Regel ist nun ein jeder, so wie den Gesetzen, also auch den Gerichten des Orts unterworfen, wo er sein Domicilium hat, insofern ihm deßhalb nicht etwa ein Privilegium zusteht[86]). Dieser Gerichtsstand, welcher durch den Wohnort des Beklagten begründet wird, ist

1) ein allgemeiner, wo alle Klagen, sie mögen dingliche oder persönliche, petitorische oder possessorische seyn, wider denselben angestellet werden können, wenn auch die Sache, worüber gestritten wird, nicht unter der Gerichtsbarkeit des Richters des Wohnorts gelegen[87]), und auch der

86) *L. 29. D. ad Municipalem.* LAUTERBACH Tract. de domicilio §. 58. WERNHER Observat for. Tom. II. P. X. Observat. 453. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Th. Deduct. 1. §. 3. et 7.

87) *L. 10. et 11. D. de Rei vindicat. L. ult. Cod. ubi in rem actio. L. un. Cod. ubi de hereditate. Marc.* LYCKLAMA *a* NIEHOLT Membranar. Lib. IV. Eclog. 3. 4. et 5. *Ant.* FABER Conjectur. Lib. XX. cap. 9. in fin. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. XVI. Th. 22. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 18. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 46. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. 1. Not. 5. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t.

der Beklagte selbst nicht gegenwärtig ist[88]). Nicht alle Rechtsgelehrten stimmen zwar hierin überein, indem einige[89]) behaupten, daß sowohl die Realklagen, als auch die possessorischen Rechtsmittel, schlechterdings in foro rei sitae angestellt werden müßten, wenn die Sache, über deren Eigenthum oder Besitz gestritten wird, nicht an dem Wohn-

h. t. Qu. 11. et ad *Eundem* EMMINGHAUS. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band Meditat. 177. Danz Grds. des gem ordentl. bürgerl. Processes §. 27. S. 65.

88) *L. 19. D. de in ius vocat. L. 21. § 2. D. Quib. ex cauſ. maior. L. 1. et 2. D. de reb. auct. iud poſſid. Ger.* NOODT Commentar. in Digesta h. t. pag. 153. (*Operum Tom. II.*) FRANZKIUS in Commentar. h. t. nr. 27. LAUTERBACH Tr. de domicilio. Cap. VIII. §. 56. nr. 204.

89) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 17. und ZANGER de Exceptionibus P. II. cap. 1. nr. 343. sqq. Unter den neuern ist dieser Meinung *Chriſt. Gottl.* EINERT in Observationibus iuris Romani. *Lipsiae* 1772. Cap. 4. beygetreten. Den Hauptbeweis für diese Meinung nimmt man aus der *L. 38. D. h. t.* wo Licinius Rufinus sagt: Si autem per *in rem actionem* legatum petetur, etiam *ibi peti debet, ubi res eſt.* Allein hier ist nicht eigentlich vom Gerichtsstande selbst, sondern nur davon die Rede, wo das geforderte Vermächtniß abzuliefern sey, wie auch schon Vinnius a. a. O. bemerkt hat. Rufinus geht nun von dem Grundsatz aus, daß ein Vermächtniß da auszuliefern sey, wo sich dasselbe befindet, wofern nicht etwa der Erbe solches an einen andern Ort aus Gefährde hingeschaft, oder der Erblasser ein anderes verordnet hätte, oder das Vermächtniß in fungiblen Sachen bestünde. In diesen Fällen muß es da prästirt werden, wo darauf geklagt

Wohnorte des Beklagten gelegen ist; andere[90]) hingegen zwischen Realklagen, die bewegliche, und solchen, welche unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, einen Unterschied machen, und zwar in Ansehung der erstern auch das forum domicilii des Beklagten, bey den letztern hingegen nur allein das Gericht, unter welchem die Sache liegt, für

geklagt wird, oder wo es der Erblasser verordnet hat. *L. 47. pr. D. de Legat. I.* Ausserdem bleibt es bey der Regel, der Legatar mag das Vermächtniß mit einer Personal- oder Realklage fordern, nur daß letztere eigentlich da angestellt werden muß, wo die Sache liegt, weil der Erbe nur eigentlich hier das Legat auszuliefern schuldig ist, wenn auch die Klage in foro domicilii des Erben wäre angestellt worden. Hierdurch wird also dem Legatar die Wahl, seine Klage auch in foro domicilii anzustellen, keinesweges abgesprochen, wie aus der *L. 50. pr. et §. 2. D. h. t.* erhellet. Nach dieser Erklärung ist es weder nöthig, mit *Franc.* HOTTOMANN. Observation. Lib. III. cap. 7. statt peti, *solvi* zu lesen, noch mit *Ger.* NOODT in Commentar. h. t. pag 154. das Wort *debet* für potest zu nehmen, obgleich übrigens diese Bedeutung nicht ungewöhnlich ist; *L. 2. §. 31. D. ne quid in loco publico. L. 1. pr. D. de hered. instituend. L. 9. D. de auro et arg. leg.* noch auch mit *Ant.* FABER Rational. ad h. L. die Stelle blos von einem legato per vindicationem relicto zu verstehen, da zu der Zeit, als Justinian seine Pandecten promulgirte, der Unterschied der Vermächtnisse in Ansehung der Formeln längst aufgehoben war.

90) CUJACIUS Lib. V. Observat. cap. 19. und VOET ad Pand. h. t. §. 77. Diese wollen die *L. ult. Cod. Ubi in rem actio* blos von beweglichen Sachen verstehen, weil nur von diesen gesagt werde, quod in aliquo loco constitutae sunt. Allein diese Erklärung widerlegt *L. ult. Cod. de praescript. longi temporis.* S. BEELS Diss. de foro domicilii Cap. II. §. 4.

zuständig halten wollen. Allein beyde Meinungen sind schon von andern hinlänglich widerlegt worden[91]). Vor der Einführung des Römischen Rechts war es zwar bey den alten Teutschen herrschender Grundsatz, daß an dem Wohnorte des Beklagten nur persönliche Klagen wider denselben angestellt werden könnten, dingliche Klagen hingegen schlechterdings bey dem Richter, unter welchem die Sache gelegen ist, angebracht werden müßten[92]). Allein der heutige Gerichtsgebrauch giebt dem Römischen Rechte den Vorzug, und es ist nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten[93]) ausser allem Zweifel, daß es auch bey Realklagen blos von dem Kläger abhange, ob er den Gerichtsstand des Wohnorts des Beklagten, oder das forum rei sitae wählen wolle. Der Gerichtsstand des Wohnorts con-

91) Man vergleiche vorzüglich SCHILTER Prax. iur. Romani. Exercitat. XIII. §. 30. et 31. und *Io. God.* BAUER Progr. actiones reales perinde in foro domicilii atque in foro rei sitae institui possunt. und EJUSDEM Progr. forum domicilii pro incompetente actionum realium qui habent, refutantur. (in EIUS *Opuscul.* Tom. I. pag. 429. sq. et pag. 441. sq.)

92) HEINECCIUS in Elem iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. 2. §. 76. *Io. Christph.* BALSER Prolus. acad. de foro rei sitae apud. Germanos. *Giessae* 1752. 4. und Kopps ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der Geistlichen- und Civil-Gerichte in den Fürstl. Hessen-Casselschen Landen 1. Th. 4 St. §. 318. S. 414.

93) STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 35. SCHILTER c. l. §. 31. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 113. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXII. med. 9. et Specim. XCIV. med. 1. *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. forens. Tom. II. cap. 21. p. 143. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159. in fin. pag. 292.

concurrirt also in der Regel mit allen besondern Gerichtsständen electivisch[94]), ausser wo die Gesetze eine Ausnahme machen, wie z. B. bey dem Gerichtsstande einer geführten Verwaltung fremder Geschäfte[95]); deßgleichen wenn über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz gestritten, oder auf Wiedererlangung eines durch die widerrechtliche Handlung des Gegners verlohrnen Besitzes geklagt wird[96]). Denn diese Rechtsmittel können nur eigentlich in foro rei sitae mit Wirkung angestellet werden[97]). Wenn dies andere Rechtsgelehrte[98]) auf alle possessorische Rechtsmittel ausdehnen wollen, so läßt sich diese Meinung aus den Gesetzen nicht füglich beweisen[99]); das Gegentheil lehrt auch die Praxis[100]). Der Gerichtsstand des Wohnorts ist endlich

 2) nur

94) *L. 19. §. 4. D. h. t. Cap. 17. X. de foro compet.* Schmidts öffentliche Rechtssprüche IV. Abschn. Nr. LXXIX. §. 3 S. 530. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 34. EMMINGHAUS ad *Cocceii* ius civ. controv. h. t. Qu. 11. not. u.

95) *L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. D. h. t. L. 1.* et 2. *Cod. Ubi de ratiocin.*

96) *L. un. Cod. ubi de possessione agi oporteat.*

97) PEREZ Praelect. ad Cod. Lib. III. Tit. 16. nr. 3. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 156. HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 52. SCHAUMBURG c. l. Danz Grds. des gemein. bürgerl. Processes §. 27. am Ende. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 163.

98) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 17. und Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 34. S. 113. und in den summarischen Processen §. 29.

99) Man sehe EMMINGHAUS ad *Cocceium* h. t. Qu. 11. not. x. et y. und BAUER cit. Progr.

100) BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 4. Th. 3. not. 5. MATTHAEI de iudiciis Disput. IV. §. 19. et 20.

2) nur ein ganz persönlicher Gerichtsstand, welcher nicht auf die Erben übergeht, sondern mit dem Tode des Erblassers erlöscht[1]). Denn das Domicilium eines Menschen hängt von seinem Willen ab, und kann nach Gefallen verändert werden, soweit kein Gesetz entgegen steht. Daher sagt Papinian[2]): domicilii ratio temporaria est. Das nämliche Recht muß auch dem Erben zustehen; gesetzt nun, man wollte sagen, der Erbe repräsentirt den Erblasser, und wird mit ihm für eine Person gehalten, so wird man doch nun auch zugeben müssen, daß der eigene Wohnsitz des Erben nun als eine Veränderung des Wohnsitzes des Erblassers anzusehen sey. Der Erbe ist daher in bloß persönlichen Klagen, die wider ihn als Erben angestellt werden, das forum domicilii seines Erblassers, insofern nicht etwa die Sache in diesem Gerichtsstande schon bey Lebzeiten des Verstorbenen rechtshängig geworden, keinesweges anzuerkennen schuldig, sondern er muß in seinem eigenen Forum belangt werden[3]). Mehrere Rechtsgelehrten[4]) wollen zwar be-

1) VOET h. t. § 102. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. IX. Th 36. MÜLLER ad *Eundem*. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 305. in Suppl. nov. nr. 30. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 156. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 159. pag. 292. *Leon.* BEELS Diss. de foro domicilii. Sect. II. cap. II. §. 3. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 34. S. 115.

2) *L. 17. §. 11. D. ad municipal.*

3) KOCH Diss. de foro heredis §. 18. sqq. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. IV. Obs. 590.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. IV. Th. 3. FRANZKIUS Comment. h. t. n. 9. sqq. CRELL Diss. de foro viduarum §. 5. und *Henr. El. Gottl.* SCHWABE Tr. de foro heredum competente §. 16. sqq.

behaupten, der Erbe trete auch in das forum domicilii seines Erblassers ein, und könne daselbst als Erbe belangt werden, wenn er auch gleich nicht gegenwärtig, und auch die Erbschaft nicht mehr daselbst befindlich wäre; andere [5]) hingegen, denen auch unser Verf. beystimmt, meinen, daß der Gerichtsstand des Verstorbenen wenigstens so lange auch in Ansehung des Erben für gegründet zu halten sey, als die Erbschaft noch nicht getheilt ist; noch andere [6]) glauben endlich, daß der Erbe wenigstens alsdann, wenn er gegenwärtig ist, sich in dem foro domicilii seines Erblassers zu stellen schuldig sey. Allein daß die L. 19. D. h. t. worauf sich die Vertheidiger aller dieser verschiedenen Meinungen berufen, nicht von dem Gerichtsstande des Wohnorts, sondern des Contracts rede, ist schon oben (S. 253.) gezeigt worden. Es sind auch die übrigen Gründe, die man noch für die eine oder die andere Meinung anzuführen pflegt, schon vom Herrn Canzler Koch geprüft, und gründlich widerlegt worden. Der einzige Grund verdient hier noch einige Prüfung, den Walch gebraucht hat. Dieser sagt, der Erbe, welcher die Erbschaft antritt, schließe an dem Ort, wo diese Antretung geschieht, einen Quasi-Contract, welcher den wahren Grund aller der persönlichen Klagen ausmache, die gegen den Erben Statt finden. Ein Contract begründe ja aber schon an sich einen Gerichtsstand, wenn der Contrahent an diesem Orte gegenwärtig ist, oder daselbst Güter besitzt. Allein auch dieser Grund ist unerheblich. Denn Erstens begründet ja die Erbschaftsantretung

5) SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 27. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. cap. II. §. 5. pag. 753.

6) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4254. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decision. P. I. Decis. 23. n. 8. pag. 316.

tretung bekanntermaßen nur zwischen dem Erben und den Legatarien einen Quasi-Contract [7]); also würden doch nur die Legatarien in diesem foro quasi contractus hereditatis aditionis gegen den Erben klagen können, nicht die Gläubiger des Verstorbenen. Dann aber ist ja auch dieses Forum ein neuer eigener Gerichtsstand, der erst in der Person des Erben begründet wird, wobey der Wohnort des Verstorbenen in keine Betrachtung kommt, weil ja die Erbschaftsantretung auch an einem andern Orte geschehen kann.

7) §. 5. *I. de obligat. quasi ex contr.*

Berichtigungen und Zusätze.

S. 6. Nr. 2. statt seine Wiederherstellung lies keine Wiederherstellung.

S. 16. Not. 62. sind beyzufügen *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iur. civ. lib. sing. Cap. 4.

S. 25. Z. 3. ist nach den Worten: bey diesen Personen folgendes einzuschalten: nach der Analogie der Gesetze zwar schon von Zeit der erlittenen Läsion, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber erst ꝛc.

Not. 3. Ist hinzuzufügen KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 60.

S. 28. §. 467. Z. 4. statt blos lies nur hauptsächlich.

S. 49. Not. 76. sind noch hinzuzufügen Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß. Nr. V.

S. 68. Not. 36. Z. 1. ist statt Not. 100. Not. 10. zu lesen.

S. 73. ist statt c) vielmehr 3) zu setzen.

S. 74. Z. 6. muß st. eine ein gelesen werden.

S. 224. Not. 83. ist bey HOFACKER §. 4185. zu lesen.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld.

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechster Theil zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1801.

Fortsetzung des Titels
de Iudiciis.

§. 516.

B. Besondere Gerichtsstände. 1) Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen; 2) des Contracts.

Die besondern Gerichtsstände, welche nur in Ansehung gewisser einzelnen Arten von Rechtssachen, oder in einzelnen Fällen begründet sind, sind sehr verschieden, wie oben (§. 510. S. 238. f.) bereits im Allgemeinen bemerkt worden ist. Wir wollen hier nach der Ordnung unsers Verf. nur blos von denjenigen handeln, welche die Gesetze aus dem Grunde eingeführt haben, weil diejenigen Sachen, welche sie in diesen Gerichten zu verhandeln erlaubt oder geboten haben, vor selbigen, ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit wegen, oft mit leichterer Mühe und besser, als vor dem allgemeinen Richter des Beklagten, verhandelt werden können. Zu diesen gehört nun

I) derjenige besondere Gerichtsstand, welcher durch den Zusammenhang mehrerer verschiedener Sachen bey einem, ohne diese Verbindung incompetenten, Richter begründet wird, (*forum continentiae causarum*); von diesem wird Lib. XI. Tit. 2. gehandelt werden.

II) Der Gerichtsstand des Contracts [1]). Dieser ist bey dem Richter des Orts begründet, wo Jemand aus einem Contract belangt werden kann. Es kann dies

a) der Ort seyn, wo der Contract vermöge besonderer Bestimmung erfüllet werden soll. Julian [2]) sagt: Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit. Hier kommt der Ort, wo der Contract sein Daseyn erlangt hat, in keine weitere Betrachtung [3]). Vielmehr sagt Cajus [4]) ausdrücklich: Contractum non utique eo loco intelligi, quo negotium gestum sit: *sed quo solvenda est pecunia.* Es braucht aber

1) nicht etwa schon bey Schliessung des Contracts die Zahlungszeit bestimmt zu seyn, sondern das forum contractus hat auch an dem Orte Statt, wo der Schuldner erst

1) *Burckhard.* BARDILI Disp. de competentia fori ratione contractus. *Tubingae 1686. Henr. Aug.* KNEISEN Diss. de foro contractus. *Goettingae 1779.* und Joh. Ludw. Schmidt von dem Gerichtsstande des Contracts; in Desselben öffentlichen Rechtssprüchen. IV. Abschn. Nr. LXXIX. S. 529. ff.

2) *L. 21. D. de Obligat. et Action.*

3) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 73. in fin. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. IX. §. 41. et MÜLLER ad Eundem not. *a*, Hätte jedoch der Contrahent an dem Orte, wo der Contract geschlossen worden, sein Domicilium, so kann er auch da allerdings belangt werden. *L. 19. §. ult. D. h. t. Ian. a* COSTA Praelectiones ad illustrior. quosd. Titulos, locaque selcet. iuris civ. pag. 133. sq.

4) *L. 3. D. de reb. auctorit. iudicis possid.*

erst nach geschlossenem Vertrage durch ein constitutum Zahlung zu leisten versprochen hat [5]). Es kann auch

2) ausbedungen werden, daß der Kläger den Beklagten vor einem jeden Richter, in dessen Gerichtsbezirk sich derselbe zur Zeit der Erfüllung des Contracts befinden würde, seiner Forderung wegen zu belangen befugt seyn solle [6]).

3) Sind mehrere Orte bestimmt, so ist zu unterscheiden, ob sie alternativ oder copulativ genannt sind. In dem ersten Falle steht dem Kläger die Wahl zu, wo er auf die Erfüllung des Contracts klagen will [7]), nur muß der Schuldner auch wirklich in mora seyn [8]). In dem letztern Falle hingegen ist das forum contractus an beyden Orten begründet, und es kann an jedem Orte nur ein Theil der Schuld eingeklagt werden [9]).

4) Bey Vermächtnissen und Fideicommissen, zu deren Prästation sich der Erbe durch die Erbschaftsantretung quasi ex contractu verpflichtet, kann der Testirer den Zahlungsort bestimmt haben. Da sich nun der Erbe dem Willen des Erblassers unterwerfen muß, so kann er auch daselbst belangt werden [10]).

5) *L. 16. §. 1. D. de pecun. constituta.*

6) STRYK de cautelis contract. Sect. I. cap. V. §. 18. Schmidt a. a. O. §. 4. S. 531.

7) *L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco.*

8) *Christ. Wilh.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. et causar. damni praestandi. Cap. VI. §. 66. not. 3. pag. 427.

9) *L. 2. §. 4. D. de eo quod certo loco.*

10) *L. 50. pr. D. h. t. L. 47. pr. D. de legat. I.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. c. 15. und POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XLIII. pag. 182.

b) Ist wegen des Orts, wo die Erfüllung des Contracts geschehen soll, nichts bestimmt, so ist der Gerichtsstand des Contracts an dem Orte begründet, wo der Contract zu seiner Vollkommenheit gediehen ist, oder die demselben ähnliche Verbindlichkeit ihr Daseyn erlangt hat. Denn das Wort Contract bezeichnet hier, wie **Paulus**[11]) sagt, eine jede Obligation, oder, wie es **Donell**[12]) erklärt, ein jedes erlaubtes Geschäft, woraus eine Obligation entsteht, es sey ein Vertrag, oder ein erlaubtes einseitiges Factum, welches einen obligationem quasi ex contractu begründet. Daher sagt **Ulpian**[13]): Si quis tutelam vel curam vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit: et si ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere; et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. Proinde, fährt **Ulpian** fort, etsi merces vendidit certo loci, vel dispositi vel comparavit, videtur, nisi alio loci, ut defenderet, convenit, ibidem se defendere. Man sieht hieraus zugleich, daß die Verbindlichkeit, sich an dem Orte, wo der Contract zur Perfection gekommen ist, belangen zu lassen, gleichsam für eine sich von selbst verstehende Nebenpflicht oder naturale des Contracts gehalten wird[14]). Um jedoch richtig zu beurtheilen, wo der Contract zu seiner Vollkommenheit gediehen

11) *L. 20. D. h. t.*

12) Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 14.

13) *L. 19. §. 1. et 2. D. eod.*

14) DOENLLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 14. und Christph. Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes. (Göttingen 1806.) §. 29.

diehen ist, muß darauf gesehen werden, was theils nach der Natur des Contracts, theils nach der besondern Verabredung der Contrahenten, zur vollkommenen Verbindlichkeit desselben erfordert wird. Es kommt also

1) auf die wesentlichen Bestimmungen des Contracts an, die nach der Natur eines jeden Contracts verschieden sind. Also bey einem Real-Contract darauf, wo die Tradition geschehen ist; bey einem Consensual-Contract, wo die Contrahenten einig geworden, und die Annahme des Versprechens geschehen ist [15]) u. s. w.

2) Auf die besondere Verabredung der Partheyen; z. B. wenn ein schriftlicher Aufsatz als Bedingung der Vollkommenheit des Contracts beliebt worden ist, so ist der Ort des Contracts der, wo von beyden Theilen die Unterschrift geschehen ist [16]). Ausserdem kommt der Ort, wo etwa der Contract schriftlich aufgesetzt worden, eben so wenig in Betrachtung [17]), als derjenige, wo die gerichtliche Bestätigung des Contracts geschehen ist, wofern nicht solche nach Vorschrift der Landesgesetze zur Perfection des Contracts erfordert wird [18]). Es wird auch immer nur auf den Hauptcontract gesehen, wenn gleich der Nebenvertrag an

15) VOET ad Dig. h. t. §. 73. *Corn. van* ECK Diss. de foro competenti. (*Trajecti ad Rhen. 1704.*) Cap. 5. und KNEISEN cit. Diss. Cap. II. §. 5.

16) *L. 17. Cod. de fide instrum.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4234. not. i.

17) *L. 38. D. de Obligat. et action.* VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 73. p. 261.

18) BARDILI cit. Diss. Cap. IV. nr. 23. KNEISEN cit. Diss. Cap. II. §. 9. und Schmidt a. a. O. §. 6. S. 534.

einem andern Orte geschlossen worden ist. Wenn ich also z. B. an einem dritten Orte die Erfüllung eines schon vorher geschehenen gültigen Versprechens nochmals zugesichert hätte, so wird durch ein solches constitutum debiti proprii kein forum fundirt, sondern ich muß da belangt werden, wo das Hauptversprechen geschehen ist [19]). Nur dann würde freylich eine Ausnahme Statt finden, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners durch das wiederholte Zahlungsversprechen erst klagbar geworden wäre; wie dies z. B. der Fall bey demjenigen ist, welcher während der väterlichen Gewalt Geld aufgeborgt, und nachher, da er sui iuris geworden, dem Gläubiger die Bezahlung dieses Darlehns nochmals zugesichert hat [20]).

Dieser Gerichtsstand ist nun in Ansehung aller aus dem Contract entspringenden Klagen competent, sie seyen entweder auf die im Geschäfte selbst gegründete Obligation gerichtet, (*actiones directae*) oder nur auf eine dabey zufällig entstandene Gegenverbindlichkeit (actiones contrariae); [21]) wo nicht die Gesetze eine besondere Ausnahme gemacht haben, wie z. B. bey der Klage der Frau aus der Ehestiftung, welche bey dem Richter des Orts anzustellen ist, wo der Mann seinen Wohnsitz gehabt hat [22]). Ob aber in diesem Gerichts-

19) *L. 3. D. h. t.* BARDILI cit. Diss. Cap. IX. nr. 7. KNEISEN cit. Diss. Cap. II. §. 5. n. 6.

20) S. Hrn. Prof. Webers system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. XI. Abschnitt §. 127. S. 601. ff.

21) *Frid. Ej.* a PUFFENDORF Observationes iuris univ. Tom. II. Obs. 149.

22) *L. 65. D. h. t.* Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est:

richtsstande auch auf die Aufhebung des Contracts geklagt werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Die meisten, denen auch unser Verf. (not. k.) beystimmt, läugnen dieses schlechterdings, und behaupten, es widerspreche dem Wesen dieses Gerichtsstandes, weil hier nur die Erfüllung des Contracts rechtlich gefordert werden könne [23]). Man glaubt, dieses noch mehr daraus erweisen zu können, weil in diesem Gerichte auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden könne [24]). Andere [25]) hingegen getrauen sich das, was jene läugnen, geradezu zu bejahen, theils weil Ulpian [26]) zwischen der Erfüllung und Aufhebung des Contracts keinen Unterschied mache, theils weil die condictio indebiti nach Paulus [27]) auch in diesem Gerichtsstande angestellt werden könne. Den sichersten

est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.

23) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect, h. t §. 49. MALBLANC Conspect. rei iudicar. Rom. Germ. §. 164. in fin. Schmidt in der angef. Abhandl. §. 1. (Rechtssprüche Nr. LXXIX.) Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes. §. 31. u. a. m.

24) *L. 2. C. ubi et apud quem in int. restitut.*

25) CARPZOV Respons. Lib. II. Tit. 2. Resp. 29. nr. 10. et 11. FRANZKIUS Resolut. Lib. III. Res. XI. nr. 3. und *Iac. Henr.* FLEISCHMANN Diss. de foro contractus in actionibus contractum rescindentibus. *Giessae 1751.*

26) *L. 19. §. 1. D. h. t.*

27) *L. 27. D. de condict. indeb.*

Weg betreten jedoch ohne Zweifel diejenigen [28]) welche unterscheiden, ob der Grund der Aufhebung in dem Contract selbst liegt, so daß deswegen die Klage aus dem Contract angestellt werden kann, oder nicht. In dem ersten Falle, wenn z. B. dem Contract die lex commissoria, oder das pactum addictionis in diem oder das pactum displicentiae ist beygefügt worden, kann in dem Gerichtsstande des Contracts auch auf die Aufhebung desselben geklagt werden. Denn nach Paulus [29]) ist dieser Gerichtsstand wegen einer jeden aus dem Contract entspringenden Obligation begründet. Ueberdem wird auch hier die Klage aus dem Contract angestellt. In dem letztern Falle hingegen ist der Gerichtsstand des Contracts nicht gegründet. Daher kann in diesem Gericht keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden, weil hier der Grund der Rescißion nicht in dem Contract liegt [30]). Daß die condictio indebiti an dem Orte, wo die Zahlung geschehen, angestellt werden könne, ist diesem nicht entgegen, weil die Bezahlung einer Nichtschuld eine Obligation quasi ex contractu begründet. Klagen, die eine solche Obligation zum Grunde haben, finden allerdings in dem Gerichtsstande des Contracts Statt. Ueberdem sagt ja Paulus [31]): Qui loco certo debere existi-

28) *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exercit. III. Cap. 3. nr. 30. sqq. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4235. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 37. KNEISEN cit. Diss. Cap. III. §. 4. sqq.

29) *L. 20. D. h. t.*

30) HOFACKER c. l. not. a. pag. 670. und STRAUCH cit. loc. n. 34. p. 78.

31) *L. cit. 27. D. de condict. ind.*

existimans indebitum solvit, *quolibet loco* repetet. Es wird also durch den Empfang einer Nichtschuld nicht gerade da ein Gerichtsstand begründet, wo die Zahlung geschehen ist: non enim, fügt der römische Jurist noch hinzu, existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur; d. i. weil sich die Art der Zurückforderung nicht nach der irrigen Meinung desjenigen richtet, der die Nichtschuld bezahlt hat[32]). Nach der Preußischen Gerichtsordnung[33]) kann indessen ohne Unterschied die Aufhebung des Contracts eben sowohl, wie die Erfüllung desselben, in diesem Gerichtsstande rechtlich gefordert werden.

Uebrigens wird zur Begründung dieses Gerichtsstandes erfordert, daß der Beklagte entweder an diesem Orte persönlich angetroffen werde, oder daselbst Güter besitze, welche mit Arrest belegt werden können. Nach den Gesetzen der Pandecten ist dieses wenigstens keinem Zweifel unterworfen[34]) Nun behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrten[35]), daß nach dem Rechte der Novellen[36]) der Gerichtsstand des Contracts auch dann für zuständig zu halten

32) S. *Ant.* FABER Rational. in cit. L. 27. D. de condict. indeb. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Tit. de condict. indeb. Nr. XLVII. not. g. pag. 377.

33) 1. Th. 2. Tit. §. 151.

34) *L. 19. pr. et §. 1. et 2. D. h. t. L. 1. 2. et 3. D. de reb. auct. iud. possid.* KOCH Diss. de foro heredis §. 20.

35) *de* COCCEJI jur. civ. controv. h. t. Qu. 15. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 48. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. jur. sec. ord. Dig. h. t. §. 97. KNEISEN cit. Diss. Cap. II. §. 10. sqq.

36) *Nov. LXIX. cap. 1. §. 1.*

sey, wenn auch der zu belangende Contrahent an diesem Orte weder gegenwärtig sey, noch daselbst Vermögen besitze. Es läßt sich auch diese Meinung mit der römischen Staats- und Gerichtsverfassung wohl vereinigen, da die Obrigkeiten, welche alle unter einem allgemeinen Oberhaupte standen, auf gegenseitige Hülfsleistung sicher rechnen konnten [37]). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, welcher sich vorzüglich auf das kanonische Recht [38]) stützt, ist es entschieden, daß

37) *L. 8. C. de episcop. aud.*

38) *Cap. 1. §. 3. de foro compet. in 6to.* Die Kanonisten sind indessen bey der Erklärung dieses Textes noch gar nicht einig. ENGEL in Colleg. univ. iur. canon. Lib II. Tit. II. §. 3. nr. IV. behauptet, nach diesem Texte sey das forum contractus anders nicht begründet, als wenn der zu belangende Contrahent an diesem Orte sich antreffen läßt. Denn es heiße ja ausdrücklich: Contrahentes aliarum dioecesum super contractibus, initis in Rimensi dioecesi ab eisdem, *nisi inveniantur ibidem*, trahere coram se non debent invitos. Nach diesen Worten sey es nun offenbar widersprechend, daß wider einen Abwesenden, der doch nicht wider seinen Willen vor dieses Gericht geladen werden soll, gleichwohl, wenn er nicht erscheint, eine missio in bona, quae ibi habet, verfügt werden könne, weil diese Mission eine Strafe des Ungehorsams ist. Man könne also die nachfolgenden Worte: licet in possessionem bonorum, quae ib habent, etiam cum alibi copiam sui faciant, si eorum auctoritate citati, comparere contemnant, possint missionem facere contra eos, nur von einem solchen Falle verstehen, wo der Abwesende vor dem Richter des Contractorts zu erscheinen schuldig sey, z. B. wenn er sich diesem Gerichte schlechterdings und mit ausdrücklicher Begebung des Gerichtsstandes seines Wohnorts unterworfen, oder nicht bloß an diesem Orte zu bezahlen versprochen, sondern auch zu einer bestimmten Zeit, z. E. zur Messe, Zahlung zu leisten sich verpflichtet hat. Hin-

daß der Gerichtsstand des Contracts nur unter jener alternati-

Hingegen behauptet *Placid.* BOECKHN in Commentar. in ius canon. univ. Lib. II. Tit. 2. nr. 37. daß ein Abwesender nach dem kanonischen Rechte ohne Unterschied in foro contractus belangt werden könne, wenn er auch gleich an diesem Orte keine Güter besitzt. Diese Meinung hat allerdings mehr für sich, als jene erstere. Denn der Pabst sagt ausdrücklich: vel decernere faciendam in possessionem bonorum, *quae in alia etiam dioecesi obtinere noscuntur:* sed tunc loci dioecesanus ad denunciationem ipsorum faciet huiusmodi missionem. Der Widerspruch, den Engel in den vorhergehenden Worten dieses Textes zu finden gemeint hat, ist ganz ohne Grund; denn offenbar wollen diese Worte nur soviel sagen, daß Abwesende vor das forum contractus nicht durch eigene Gewalt dieses Richters gezogen werden dürfen, sondern nur durch subsidiales oder edictales vorgeladen werden können, wie *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. §5. in fine, dem auch EMMINGHAUS ad *Eundem* not. l. beystimmt, diese Stelle richtig erklärt hat. Nun hat zwar Donell in Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 14. dagegen eingewendet, daß eine subsidiarische Citation um deswillen nicht geschehen könne, weil der vorladende Richter unter seinen Gerichten nichts hätte, worin er wider den ungehorsamen Beklagten eine Execution verhängen, und in die Güter, welche der Beklagte anderwärts besitzt, keine Mission verfügen könnte. Allein darauf hat schon Schmidt in seinen Rechtssprüchen 4. Abschn. Nr. 79. §. 9. sehr gut geantwortet, daß dieses den Richter des Contractsorts nicht hindere, die rechtskräftige Sentenz durch Hülfe des Richters, unter welchem der Beklagte wohnt, und seine Güter hat, zur Vollstreckung bringen zu lassen. Nach dem Gerichtsgebrauche ist es indessen entschieden, daß wenn der zu belangende Contrahent an dem Orte des Contracts weder gegenwärtig ist, noch daselbst Güter besitzt, derselbe von dem Richter des Contractsorts nicht einmal durch Requisition des

Rich-

nativen Voraussetzung begründet sey [39]). Sind diese Erfordernisse vorhanden, so muß hier jeder Contrahent seinen Gerichtsstand in Rücksicht des Contracts anerkennen, und es kann weder eine persönliche Befreyung des Verpflichteten in Rücksicht seines Forums [40]), noch ein privilegium de non evocando seines Landesherrn die Anwendung dieses Gerichtsstandes hindern [41]). Sollte es jedoch an dem Orte,

Richters, unter welchem er wohnt, vorgeladen werden könne. CARPZOV Lib. II. Resp. 30. nr. 5. GAIL Lib. II. Obs. 36. nr. 14. ZANGER de Exceptionibus. Cap. I. P. II. nr. 178. et 186. FRANZKIUS Lib. III. Resolut. 11. nr. 28.

39) WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 304. PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. II. Obs. 149. REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones. Voll. II. Obs. 21. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. LXXIII. medit. 1. *de* LUDOLF Observat. for. Part. I. Obs. 15. Struben rechtliche Bedenken 2 Th. Bed. 27. Pütter auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. 305. nr. 17. S. 773. Moser von der teutschen Gerichtsverfassung 1. Th. 1. B. 4. Kap. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4235. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 164. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 37. Danz Grundsätze des gemeinen Processes §. 31. Grollmann Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 39.

40) *L. 19. pr. D. h. t.* LEYSER Specim. LXXIII. med. 6. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 65. nr. 2.

41) *de* LUDOLF Observ. for. Part. I. Obs. 6. Schmidts öffentliche Rechtssprüche Nr. LXXIX. §. 7. S. 535. und besonders Abel Abh. Kann das einzelnen teutschen Reichsständen besonders verliehene kaiserliche Privilegium de non evocando gegen das forum contractus mit Bestand Rechtens angezogen werden? (in dem neuen jurist. Journal (Nonneburg und Leipzig 1799.) 1. Band. 1. Heft. Nr. 5. S. 26. ff.)

te, wo dieser Gerichtsstand auf die eine oder andere Art begründet ist, mehrere Gerichte geben, so entscheidet unter diesen in der Regel das persönliche Verhältniß des Verpflichteten die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts; blos in dieser Hinsicht kann der Beklagte in foro contractus zuweilen einen befreyeten Gerichtsstand haben [42]). In jedem Falle ist jedoch erforderlich, daß dem Beklagten die gerichtliche Ladung gehörig eingehändiget werde [43]), welches in dem Falle, da er nicht gegenwärtig ist, mittelst Requisition der Obrigkeit, unter welcher er wohnt, zu bewirken ist, wofern nicht etwa die Güter, die er an dem Orte des Contracts besitzt, so beschaffen sind, daß in selbige eine Citation insinuirt werden kann. Z. B. er hat an diesem Orte ein Haus, oder Laden, worin sich Angehörige desselben befinden [44]). Daß der Gerichtsstand des Contracts auch auf den Erben übergehe, und dieser unter denselben Bestimmungen, wie sein Erblasser, daselbst belangt werden könne, ist schon an einem andern Orte bemerkt worden [45]). (§. 510. b. S. 253.) Hier bemer-

42) PUFFENDORF Observat. iur univ. Tom. II. Obs. 149. Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes §. 29. und Grollmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 39. Not. *).

43) HOFACKER c. l. §. 4235. in fin.

44) *L. 19. §. 3. D. h. t.* Schmidt in den öffentl. Rechtssprüchen Nr. LXXIX. §. 8. S. 536.

45) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zw. behaupten, daß der Erbe, wenn er sich in foro contractus nicht gegenwärtig befindet, daselbst anders nicht belangt werden könne, als wenn sich der Erblasser bey diesem Gerichte schon eingelassen hatte; z. B. GAIL Lib. I. Obs. 37. nr. 8. KNEISEN Diss. de foro contractus. Cap. II. §. 14. Allein die *L. 19. pr. D. de indic.* worauf

bemerke ich nur noch zum Beschluß, daß man diesem Gerichtsstande stillschweigend entsagt, wenn man einem blos Durchreisenden creditirt [46]). Sonst muß auch der Durchreisende, mit dem man contrahirt hat, den Ort des Contracts für seinen Gerichtsstand anerkennen, und kann wider ihn, zur Sicherstellung dieses Gerichtsstandes, mit Arrest in Ansehung seiner Person odur Güter verfahren werden [47]).

§. 517.

3) Der Gerichtsstand wegen eines Verbrechens.

Ein dritter besonderer Gerichtsstand ist der, welchen Jemand wegen eines begangenen Verbrechens anerkennen muß. Dieser Gerichtsstand, welcher der peinliche genennet wird, kann heut zu Tage auf eine doppelte Art begründet werden; 1) durch die Uebertretung des Strafgesetzes, und 2) durch die Ergreifung des Verbrechers. Es giebt daher einen zweyfachen besondern Gerichsstand in peinlichen Fällen:

1) einen

auf man sich beruft, sagt das Gegentheil, und auch die *L. 34. D. eodem* begünstiget diese Meinung nicht, vielmehr giebt der daselbst angeführte Entscheidungsgrund: *quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est*, der entgegengesetzten Meinung ein noch größeres Gewicht. S. Koch Diss. de foro heredis §. 22. und Grollmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 42. Not. a. S. 49.

46) *L. 19. §. 2. D. de iudic.* Wernher Tom. II. P. VIII. Obs. 304. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

47) *Alex.* Carocii Diss. de foro advenae contrahentis, ad L. 19. §. 2. D. de iudic. *Gryphiswaldiae* 1699. Schmidt a. a. O. §. 5. S. 532.

1) einen Gerichtsstand des begangenen Verbrechens [48]), welcher vor dem Gericht des Orts begründet wird, wo derjenige Act der Uebertretung des Strafgesetzes begangen worden ist, welcher zunächst den Gegenstand der Untersuchung ausmacht;

2) einen Gerichtsstand der Deprehension [49]), welcher vor dem Gericht des Orts ist, wo der Verdächtige oder der Verbrecher nach der begangenen That betroffen wird. Wir wollen von beyden nur das Nöthigste bemerken, da diese Lehre eigentlich in das Criminalrecht gehört.

A) Soviel den Gerichtsstand des begangenen Verbrechens anbetrift, so kann das Verbrechen, durch dessen Begehung derselbe begründet wird, entweder vollbracht, oder blos unternommen, aber nicht vollendet worden seyn. In jenem Falle gilt für das forum delicti das Gericht des Orts, wo die Haupthandlung geschehen ist, welche den Begriff des Verbrechens ausmacht. Es kommt also

1) auf den Ort nicht an, wo nur die vorbereitenden Handlungen geschahen, oder die That angefangen wurde [50]).

Unser

48) *Car. God. de* WINCKLER de foro delinquentium; (in EIUS *Opuscul. minor.* Dresdae 1792. Vol. I. P. I. Nr. 1)

49) *de* WINCKLER de officio iudicis deprehensionis (in *Opusc. minor.* l. c. Nr. 15.) und Kleinschrod von dem Gerichtsstande der Deprehension in peinlichen Fällen. (im Archiv des Criminalrechts. 2 Bandes 3 St. Nr. III. S. 35. ff.)

50) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts. 2 Th. §. 570. S. 66. Dorns Versuch eines pract. Commentars über das peinliche Recht. 2. Band. §. 304. S. 71. und

Feuer-

Unser Verfasser behauptet zwar, wenn an dem einen Orte das Verbrechen angefangen, an dem andern aber vollendet worden ist, so entscheide die Prävention die Competenz des Gerichtsstandes [51]). Andere [52]) hingegen behaupten, daß in dem bemerkten Falle beyden Richtern die Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit in Ansehung des begangenen Verbrechens gemeinschaftlich zustehe, und daß hier keine Prävention Statt finde. Allein wenn gleich die Kaiser Antonin und Sever [53]) das forum, ubi delictum commissum vel inchoatum est, unterschieden, so kann doch letzteres nur von dem Falle verstanden werden, da das Verbrechen blos unternommen ward, aber unvollendet blieb [54]). Wenn hingegen das Verbrechen vollbracht worden ist, so ist der Unterschied zwischen dem Gerichtsstande des angefangenen und vollendeten Verbrechens als irrig zu verwerfen [55]). Es ist auch ferner

2) auf

Feuerbachs Lehrbuch des gemeinen in Teutschland geltenden peinlichen Rechts §. 542.

51) Dieser Meinung sind auch SCHAUMBURG Compend. jur. Dig. h. i. §. 29. und Claproth Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe §. 455.

52) Meister ausführliche Abhandlung des peinlichen Processes in Teutschland. 5. Th. 13. Hauptst. §. 6. S. 634. de BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovium*. Quaest. CX. Obs. 3. et 4. MALBLANC Consp. rei iudiciar. §. 160. pag. 296.

53) *L. 1. Cod. ubi de crimin. agi oportet.*

54) Mit mir stimmt auch PÜTTMANN in Elementis iur. crim. §. 736. überein.

55) Grollmann Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 590. und Tittmann Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 389.

2) auf den Ort nicht zu sehen, wo nur die Folge des Verbrechens zur Wirklichkeit kam. So wird z. B. bey einem Todschlage der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens nicht an dem Orte begründet, wo der Verwundete an seinen Wunden starb, sondern wo die tödliche Verwundung geschehen ist; bey einem Diebstahl nicht da, wo die gestohlnen Sachen hingebracht worden sind, sondern wo die Entwendung verübt worden ist [56]).

3) Ist ein Verbrechen auf der Gränze begangen worden, und es läßt sich entweder nicht bestimmen, auf wessen Territorium es eigentlich geschehen ist, oder es ist in zwey verschiedenen Gerichtsbezirken zugleich geschehen, z. B. es erschießt Jemand einen auf einem andern Territorium stehenden Menschen; so sind beyde angränzende Richter in Ansehung desselben gleich competent; es muß daher eigentlich ein gemeinschaftliches Gericht niedergesetzt, und der Proceß gemeinschaftlich geführet werden [57]). Verschiedene Rechtsgelehrte [58]), zu denen auch unser Verf. gehört, wollen zwar hier

56) Arg. *L. 15. et 51. D. ad L. Aquil.* Meister in der angef. Abh. des P. Proc. 13. Hptst. §. 7. S. 634. Quistorp Grundsätze des P. Rechts. 2 Th. §. 570. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 160. pag. 296.

57) BOEHMER ad *Carpzovium* Quaest. CX. Obs. 3. et 4. Quistorp Grundsätze des P. R. 2 Th. §. 575. Danz Grdsätze des gem. ord. bürg. Processes §. 28. S. 77. Grollmann Grdsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 590. MALBLANC Conspect rei iudiciar. §. 160. p. 296. und *Christph. Car.* STÜBEL Diss. de foro delicti in confinio civitatum commissi. *Vitemb* 1793.

58) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 71. MATTHEI de criminibus. Lib. XLVIII. Tit. 13. Cap. 5. n. 6. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER princip. iur. crim. Germ. communis. §. 95.

hier eine Prävention Statt finden lassen, nach welcher derjenige Richter mit Ausschließung der übrigen seinen Gerichtezwang begründe, der durch Citation des Angeschuldigten mit dem peinlichen Proceß den Anfang gemacht hat. Allein so vortheilhaft auch dergleichen Prävention für die Beförderung der Justizpflege seyn würde, da ein gemeinschaftliches Criminalgericht mit mancherley Schwierigkeiten verknüpft ist, so wenig läßt sich doch dieselbe nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts vertheidigen, wie schon Meister [59]) gezeigt hat.

Ich komme nun auf den oben bemerkten andern Fall, da nämlich von einem blos unternommenen Verbrechen, welches unvollendet blieb, die Rede ist. Bey diesem bestimmt der letzte Act den Gerichtsstand, welcher also z. B. da begründet ist, wo die Haupthandlung angefangen, nicht aber, wo sie nur vorbereitet worden ist [60]).

Das forum delicti erklären übrigens die römischen Gesetze für den alleinigen competenten Gerichtsstand in peinlichen Fällen [61]). Zwar konnte die Untersuchung eines Verbrechens vor Justinian auch wohl an dem Orte geschehen, wo der Verbrecher war ergriffen worden [62]). Jedoch verlangte gewöhnlich die Obrigkeit des Orts, wo die That war ver-

59) Abh. des Peinl. Proc. S 626.

60) Quistorp Grds. 2 Th. §. 570. S. 66. und Feuerbach Lehrbuch des P. R. §. 542. S. 436.

61) *L. 7. §. 4. et 5. D. de accusat. et inscript. L. 22. D. eodem. L. 28. §. 15. D. de poenis. L. 14. C. ad L. Iul. de adult. Nov. LXIX. cap. 1.* S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de delictis extra territorium admissis. §. 2—5.

62) *L. 3. et 13. D. de offic. Praes. L. 1. C. ubi de crimin.*

verübt worden, die Auslieferung [63]; ohnedem aber überlieferte schon selbst der Richter, welcher den Missethäter gefangen hatte, denselben nach geendigter Untersuchung dem Gerichte des Orts, wo das Verbrechen geschehen war, zur Bestrafung [64]. Denn die Strafe mußte schlechterdings an dem Orte des verübten Verbrechens vollstreckt werden [65]. Allein was auch dem Richter der Deprehension in Ansehung der Untersuchung gestattet war, hob Justinian in seinen Novellen [66] wieder auf, in welchen er nachdrücklich einschärfte, daß sowohl die Untersuchung als Bestrafung eines Verbrechens an dem Orte geschehen solle, wo es begangen ward. Die Gründe sind,

1) weil die Untersuchung an diesem Orte am besten geführt werden kann, indem nicht nur die Spuren der That dort anzutreffen sind, sondern auch die Zeugen sich dort aufhalten, und also die nöthigen Nachrichten und Beweise von allen Umständen der That daselbst am besten zu erhalten sind.

2) Weil auch an dem Orte des begangenen Verbrechens die Erreichung des Zwecks der Strafe leichter befördert werden kann. Denn dort ist die That bekannt; hier ist es also auch nöthig, sie zu bestrafen, damit diejenigen, welche Augenzeugen der That waren, durch den sinnlichen

63) *L. 7. D. de custod. et exhibit. reor.*

64) *L. 11. §. 1. D. eodem.*

65) *L. 28. §. 15. D. de poen. L. 7. §. 4. L. 22. D. de accusat.* Kleinschrod von dem Gerichtsstande der Deprehension § 2. (im Archiv des Criminalrechts 2. Bd. 3. St. S. 37.)

66) *Nov. LXIX. cap. 1.* et *Nov. CXXXIV. cap. 5.*

Eindruck der Strafe von gleichen Vergehungen abgeschreckt werden [67]).

Die römische Staats- und Gerichtsverfassung war nun aber auch ganz so eingerichtet, daß diesen Gründen und Verfügungen gemäß verfahren werden konnte, da alle Obrigkeiten unter einem Staatsoberhaupte standen, und nur von diesem ihre richterliche Gewalt herleiteten, welches aber freylich bey der ganz verschiedenen Verfassung des teutschen Reichs heut zu Tage nicht wohl ausführbar ist, wie bey dem folgenden Paragraphen gezeigt werden wird. Hier ist nun noch die Frage zu erörtern übrig, ob der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens auch in Ansehung der aus dem Verbrechen entstehenden bürgerlichen Rechtsverfolgung zuständig sey? Unser Verfasser behauptet dieses. Eben dieser Meinung sind mehrere Rechtsgelehrte [68]). Andere [69]) hingegen wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil das forum delicti nur die Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit zum Zweck habe. Es könne also nicht Statt finden, wenn aus einem Verbrechen entweder blos auf eine Privatstrafe, oder auf die Entschädigung des Beleidigten geklagt wird. Allein wenn der Civilpunct in Verbindung mit der Criminalsache, es sey nun entweder vermöge des Mittels der Adhäsion, oder inci-

67) Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 2. Th. §. 30.

68) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 162. pag. 300. Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes §. 30. S. 28.

69) BOEHMER Select. Observation. ad *Carpzovii* pract. nov. rer. criminal. Quaest. CX. Obs. 2. und Meister ausführl. Abhandlung des peinlichen Processes 13. Hauptst. §. 4. S. 624.

incidenter verhandelt wird, so ist ohne allen Zweifel derselbe Criminalrichter, welcher über die Strafe erkennet, auch über den Entschädigungspunct zu entscheiden eben sowohl berechtiget, als verpflichtet. Hierin stimmen römische und teutsche Gesetze mit einander überein [70]). Die Frage ist also nur davon, wenn wegen der dem Beleidigten gebührenden Schadensersetzung oder Genugthuung blos civiliter geklagt wird, ob auch hier das forum delicti competent sey? Dies läugnen nun zwar die meisten Rechtsgelehrten, und behaupten, daß hier die Klage vor das bürgerliche Gericht gehöre, unter welchem der Beklagte stehet, weil diese Sache blos nach den Regeln des Civilprocesses zu bestimmen sey [71]. Allein nach dem Römischen Rechte läßt sich die Zuständigkeit des fori delicti auch in Ansehung der aus dem Verbrechen entstehenden Civilklage nicht bezweifeln, die Klage mag eine petitorische, wie z. B. die condictio furtiva, oder eine possessorische seyn, wie z. B. das interdictum unde vi. Justinian unterscheidet in der Nov. 69. c. 1. nicht zwischen der Criminal- und Civil-Persecution, wie schon Cu-

70) *L. 4. §. 4. D. finium regundor. L. 3. Cod. de ordine iudicior.* Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 198. u. 207. *Christ. Fried. Ge.* MEISTER Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu §. 11—16. *Gall. Aloys.* KLEINSCHROD Theor. processus sic dicti denunciatorii, seu potius adhaesionis in causis criminalibus obvenientis. *Wirceb. 1797.* §. 2. et 22. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 703. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerlichen Processes §. 28. S. 78.

71) Man sehe KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi 1793.*) §. 25.

jaz [72]) und Gudelin [73]) bemerkt haben. Der Grund des Gesetzes, nämlich den Beweiß zu erleichtern und Kosten zu ersparen, gilt auch in Ansehung der einen, wie bey der andern. Noch mehr überzeugen uns hiervon die Worte: Quid enim peius (nach Zombergk), quam eum, qui vel per ablationem bovis forte vel equi, vel iumenti alicuius, vel pecudis, vel ut minimum dicam, gallinae domesticae laesus est, cogi, ut non in ea provincia, in qua illi res ablata est, *litiget*, sed alio currat, ibique probationes eorum, quae illi acciderunt, exigantur, et vel multo plures sumtus, quam res valet, faciat, vel cum gemitu inopiam ferat. Der Gerichtsgebrauch stimmt indessen freylich nach dem Urtheil practischer Rechtsgelehrten damit nicht überein [74]), welcher sogar, wenn auch der Civilpunkt bey der Untersuchung der Criminalsache in Anregung gebracht worden, dennoch die Entscheidung des erstern an das bürgerliche Gericht des Angeschuldigten zu verweisen pflegt, wenn die Erörterung desselben mit besonderen Schwierigkeiten oder vielen Weitläuftigkeiten verknüpft seyn sollte [75]).

§. 518.

72) Expositt. Novellar. ad Nov. LXIX.

73) Commentar. de iure novissimo Lib. IV. cap. 2. pap. 183.

74) CARPZOV Responsa iur. Lib. II. Resp. 26. ZANGER Tr. de Exceptionib. P. II. Cap. I. nr. 200. SONNEMANN Us. Mod. Novellar. Iustin. ad Nov. LXIX. cap. 1.

75) *de* BOEHMER Meditationes in Artic. 207. Const. crim. Carol. §. 2. pag 929. Meister rechtl. Erkenntnisse und Gutachten in peinl. Fällen Decis. 51. nr. 32. Quistorp Grds. des P. R. 2. Th. §. 576.

§. 518.

Gerichtsstand der Deprehension.

Auſſer dem Gerichtsſtande der verübten That haben die teutſchen Reichsgeſetze[76]) noch einen andern beſondern Gerichtsſtand in peinlichen Fällen beſtätiget, nämlich

B) den Gerichtsſtand der Deprehenſion. Mehrere Rechtsgelehrten[77]) ſind zwar der Meinung, daß auch dieſer ſchon in dem Römiſchen Rechte gegründet ſey, und wenigſtens alsdann Statt gehabt habe, wenn die Obrigkeit des Orts, wo das Verbrechen begangen worden, keine Auslieferung verlangt habe. Allein die deshalb angeführten Geſetzſtellen[78]) beweiſen nur ſo viel, daß die Unterſuchung eines Verbrechens auch an dem Orte der Deprehenſion habe geſchehen können. Daß aber die Obrigkeit dieſes Orts den Verbrecher habe beſtrafen dürfen, iſt daraus nicht erweislich[79]). Es iſt indeſſen wahrſcheinlich ei-

76) Landfriede vom Jahr 1548. Art. 16. §. 1. Münzordnung vom Jahr 1559. §. 161. u. 162. Augſp. Reichsabſchied v. 1559. §. 26. und R. Policeyordn. v. J. 1577. Tit. 23. §. 2.

77) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 16. VOET ad *Pand.* h t. § 68. MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. XIII. Cap. 5 nr. 3—5. OOSTERDYK Diſp. ad fragmenta, quae ex *Venuleji Saturnini* libris de officio Proconſulis ſuperſunt. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 475.)

78) *L. 3. et 13. D. de offic. Praeſid. L. 1. C. ubi de crimin.*

79) BOEHMER in Diſſ. de delictis extra territor. admiſſis §. 5. will zwar die Worte der *L. 1. cod. cit.* vel ubi reperiuntur, qui rei perhibentur criminis, von dem Falle verſtehen, wenn der Ver-

nem Misverstande jener Stellen des römischen Rechts zuzuschreiben, daß bey der Entstehung der Landeshoheit die neuen Landesherrn sich weigerten, ergriffene Verbrecher an andere Gerichte auszuliefern. Durch den Gerichtsgebrauch, gestützt auf das Ansehen der Glosse, ward es daher nach und nach herrschender Grundsatz, daß ein Verbrecher auch da bestraft werden könne, wo er ergriffen worden ist. Auf diesen Grundsatz stützten sich nun die nachher entstandenen teutschen Gesetze, welche den Gerichtsstand der Deprehension anerkannten [80]). Ob schon der blose Aufenthalt des Verbrechers den Gerichtsstand der Deprehension an diesem Orte begründe, ist zweifelhaft. Meister [81]) ist dieser Meinung. Allein die meisten Rechtsgelehrten behaupten mit mehrerem Grunde, daß dieser Gerichtsstand eigentlich erst durch die Ergreifung des Verbrechers begründet werde [82]).

Der

Verbrecher an dem Orte der verübten That erwischt wird. Allein der Unterschied, welcher in dem angeführten Gesetz zwischen dem Ort der begangenen That und dem der Deprehension gemacht, und durch das Wörtchen vel angezeigt wird, widerlegen diese Erklärung, wie schon H. Hofr. Kleinschrod in der Abh. von dem Gerichtsstande der Deprehension in peinlichen Fällen §. 2. gegen Böhmer erinnert hat.

80) Man vergleiche vorzüglich *Beniamin Ferd.* MOHL Diss. de iuribus atque obligationibus specialium Germaniae rerum publicarum inter se in exercenda iurisdictione criminali obviis, praes. *Io. Aug.* REUSS, *Stuttgardiae 1787.* §. 7. et 8.

81) Abhandl. des peinl. Processes 13. Hauptst. §. 12. S. 645. Ihm stimmen auch bey *Ge. Iac. Frid.* MEISTER in Princip. iur. crimin. § 96. not. a. und Feuerbach im Lehrbuch des peinl. Rechts §. 543.

82) ENGAU Elem. iuris crim. Lib. II. Tit. IV. §. 44. Stelzer Lehrbuch des teutschen Criminalrechts §. 62. Grollmann

Grund-

Der Aufenthalt des Verbrechers an dem Orte, wo er seinen Wohnsitz nicht hat, noch auch die That begieng, ist nur die Bedingung, ohne welche die Deprehension nicht ausgeübt werden kann, und dieser Aufenthalt berechtiget also den Richter dieses Orts Maasregeln zu treffen, um den Verdächtigen, der sich dort aufhält, in seine Gewalt zu bekommen. Die oben angeführten teutschen Reichsgesetze, welche den Gerichtsstand der Deprehension bestätigen, reden daher nicht blos vom Betreten des Verbrechers an einem Orte, sondern auch von der Verhaftnehmung desselben. Hieraus folgt, 1) daß, wenn der Verbrecher diesen Gerichtsbezirk, wohin er sich nach verübter That begeben hatte, wieder verließ, ehe er von dem Richter desselben war arretirt worden, dieser nun nichts weiter gegen denselben vorzunehmen befugt sey, sondern hierdurch aller Begriff eines Richters der Deprehension aufhöre [83]). 2) Daß der Gerichtsstand der Deprehension nicht bey allen, sondern nur bey den schwereren Verbrechen Statt finde, bey welchen sogleich zur Arretirung geschritten werden kann [84]). Nur bey Vaga-

 bunden

Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 591. Tittmann Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 389. und besonders Kleinschrod in der angef. Abh. von dem Gerichtsst. der Deprehension §. 4. ff.

83) Eben dies muß auch Meister Hauptst. XIII. §. 14. S. 647. einräumen.

84) Anderer Meinung ist zwar Quistorp in der Abh. Ob und in wiefern bey geringen Verbrechen die Bestrafung ausser dem wegen des Verbrechens zuständigen Gerichtszwange Statt finde? (in Desselben Beyträgen Nr. 52. S. 806. ff.) Allein man sehe WINCKLER Opusc. minora Vol. I. P. I. pag. 155. und Kleinschrods angeführte Abhandlung §. 8.

bunden findet eine Ausnahme Statt, bey diesen ist der Richter der Deprehension zulässig, ohne auf den Unterschied des Verbrechens zu sehen [85]).

Wenn nun diese beyden besondern peinlichen Gerichtsstände, von denen wir bisher gehandelt haben, in einem gewissen Falle begründet sind, so entsteht die Frage, welcher von beyden den Vorzug behaupte? Nach der Natur der Sache sollte diesen billig der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens haben. Denn ist gleich das teutsche Reich in viele einzelne Staaten abgetheilt, die von einander unabhängig sind, so sind doch die teutschen Landesherren durch das allgemeine Band der Reichsverfassung unter sich verknüpft, und daher verpflichtet, für die Erhaltung der gemeinschaftlichen Sicherheit, und für die Beobachtung der peinlichen Gesetze Teutschlands zu sorgen. Da nun der in dem Röm. Rechte als allein competent anerkannte Gerichtsstand der verübten That aus den oben angeführten Gründen unstreitig in peinlichen Fällen der zweckmäßigste ist; so sollte billig jeder teutsche Reichsstand den Verbrecher, den er in seinem Lande ergriffen hat, an den Richter auf Begehren desselben ausliefern, in dessen Bezirke die That war verübt worden [86]). Allein gewöhnlich ist dieses der Fall nicht, wenn die peinlichen Gerichtsstände in verschiedenen teutschen Reichslanden begründet sind. Hier lassen die Römischen Gesetze, welche das forum delicti als

85) WINCKLER c. l. Quistorp Grds. des Peinl. Rechts 2 Th. §. 572. S. 70.

86) Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 31. S. 75. und Kleins Grundsätze des Peinlichen Rechts § 45.

als den alleinigen Gerichtsstand in peinlichen Fällen anerkennen, und jedem andern Richter die Auslieferung des Verbrechers zur Pflicht machen, keine Anwendung zu, weil nach dem teutschen Herkommen und nach teutschen Gesetzen auch der Gerichtsstand der Deprehension in peinlichen Fällen eben so wohl competent ist, und mit jenem ein völlig gleiches Recht hat [87]). Es kann also nur die Prävention den Vorzug des einen Gerichtsstandes vor dem andern entscheiden [88]), und diese hat unstreitig der Richter der Ergreifung für sich, welcher daher zur Auslieferung des Verbrechers nicht verbunden ist, wofern nicht etwa von dem Richter des Orts, wo die That geschahe, der peinliche Proceß wider den entwichenen Verbrecher schon angefangen worden wäre, welches nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten [89]) schon mit der Ladung zur Verantwortung geschichet [90]), oder auch durch solche richterliche Handlungen be-

87) J. C. Mann rechtliche Anmerkungen von dem peinlichen Gerichtsstande eines Verbrechers. Halle 1776. 4. §. 10. ff. und Quistorps Grundf. des P. R. 2. Th. §. 572.

88) Meisters Abh. des Peinl. Proc. Hauptst. XIII. §. 20.

89) VOET ad Pand. h. t. §. 70 Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissensch. §. 593. und Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft. §. 390. Not. c. S. 307.

90) Gewöhnlich will man jedoch erst die Vorladung des Angeschuldigten zur Antwort auf die Inquisitionalartikel als die Handlung anerkennen, wodurch eine Prävention begründet werde. Die Generalinquisition soll keine Prävention bewirken. S. Meister a. a. O. §. 22. u. 24. MOHL cit. Diss. de iurib. atq. obligat. spec. Germaniae rerum publicar. inter se in exerc. iurisdictione crim. obviis. §. 28. Quistorp §. 574. MALBLANC Conspect rei iudiciariae §. 162. Danz Grds. des gemei-

bewirkt wird, welche die Gegenwart des Verbrechers vor Gericht zum Zweck haben, und also die Stelle der Citation vertreten, wie z. B. Steckbriefe, Nacheile u. dgl. [91]). Ausserdem kann nur durch Verträge die Verbindlichkeit zur Auslieferung ergriffener Verbrecher begründet werden, wofern nicht in besondern Fällen die Gesetze auch dem auswärtigen Richter der Deprehension diese Pflicht auflegen [92]).

Sind hingegen die mehr gedachten Gerichtsstände in einem und demselben Lande begründet, so lassen auch hier einige Rechtsgelehrten die Prävention entscheiden [39]).

Ande-

gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 28. S. 77. Soviel ist jedoch gewiß, daß die Realcitation keinen Vorzug vor der Verbalcitation hat. Meister a. a. O. §. 23. S. 657.

91) Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 546. S. 438. Anderer Meinung sind Quistorp §. 574. und MOHL c. l.

92) Die Reichsgesetze machen eine solche Ausnahme in Ansehung der Duellanten. Kaiserl. Commiss. Decret vom 22. Sept. 1664. Ferner in Ansehung der Deserteurs von der Reichsarmee. Reichsabsch. von 1641. Art. 47. und in Ansehung der böslich ausgetretenen Unterthanen. Landfriede von 1548. Art. 16. §. 3. Andere Ausnahmen sind durch kaiserliche Privilegien in Ansehung gewisser Reichsstädte gemacht worden, welche vermöge derselben die Auslieferung ihrer Verbrecher von Rechtswegen verlangen können. Ein solches Privilegium haben die Reichsstädte Augsburg, Memmingen, Hamburg u. a. m. S. MOHL cit. Diss. §. 20.

92) MOHL cit. Diss. §. 26. PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 738. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 390. und Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 546.

Andere[94]) unterscheiden, ob die Collision unter solchen Richtern entsteht, welche beyde nur eine peinliche Personaljurisdiction verwalten, oder unter solchen Richtern, denen entweder beyderseits oder wenigstens eines Theils die Patrimonialgerichtsbarkeit zusteht. In dem ersten Falle gehe unbedingt das forum delicti vor, weil hier der Anwendung des röm. Rechts gar nichts im Wege stehe. In dem letztern Falle hingegen entscheide die Prävention. Denn auf diesen Fall passe das röm. Recht nicht, als welchem die Patrimonialjurisdiction gänzlich unbekannt sey. Der Patrimonialrichter, der den Delinquenten ergriffen hat, sey also nicht schuldig, ihn auszuliefern. Die meisten Rechtsgelehrten[95]) stimmen jedoch darin überein, daß bey der Concurrenz der peinlichen Gerichte in demselben Lande das forum delicti ohne Unterschied vorgehe; 1) weil es ohne Zweifel das zweckmäßigste ist; 2) weil hier die Auslieferung des Verbrechers ohne Schwierigkeit durchgesetzt werden kann, und 3) weil auch die Patrimonialgerichte, da sie ebenfalls nur ein Recht des Staats, obschon vermöge eines eigenen Rechts, ausüben, in Absicht auf die Verwaltung der Justiz zu dem ver-

94) *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de delictis extra territorium admissis §. 9. Meister Peinl. Proceß 13. Hauptst. §. 35. und MEISTER iun Princip. iur. crim. §. 97.

95) *de* BOEHMER Observat. ad Carpzovium Qu. CX. Obs. 9. Ebenderselbe in Meditat. ad Art. 2. C. C. C. §. 3. HOFACKER Princip iur. civ. Tom. III. §. 4236. Quistorp Grds. des peinl. Rechts 2 Th. §. 573. Kleins Grundsätze des Peinl. Rechts §. 45. Grollmanns Grds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 592. KOCH Institut. iuris crim. §. 674. Danz Grds. des ordentl. bürgerl. Processes §. 28. S. 74. Stelzers Lehrbuch des teutschen Criminalrechts §. 63.

verpflichtet sind, was der Zweck des gemeinen Bestens mit sich bringt.

Hieraus läßt sich noch eine andere Frage entscheiden, nämlich ob der Richter, unter dessen Gerichtsbezirk die That verübt ward, verbunden sey, den Verbrecher dem Richter abzunehmen, der denselben, jedoch ohne jenes Richters Verlangen, gefänglich eingezogen hat? Ist von Richtern eines und desselben Landes die Rede, so ist die Frage ohne Zweifel zu bejahen, weil hier das forum delicti allein zuständig ist. Ist hingegen von solchen Richtern die Rede, die einen verschiedenen Landesherrn haben, so ist die Frage zu verneinen, weil hier der Richter der Deprehension das vorzüglichere Recht, aber auch die vollkommene Verbindlichkeit zur Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit hat [96]).

§. 519.

4) Gerichtsstand der gelegenen Sache.

Der vierte besondere Gerichtsstand ist das *forum rei sitae*, welches bey dem Richter begründet ist, in dessen Gerichtsbezirk die Sache liegt, die den Gegenstand des Rechtsstreits ausmacht. Bey diesem Richter können nicht nur alle den Besitz einer Sache betreffende Rechtsmittel [97]), son-

96) BOEHMER ad *Carpzovium* Quaest. CX. Obs. 14. Meister Peinl. Proc. Hptst. XIII. §. 16. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. DXCVI. med. 9. MOHL cit. Diss. §. 23. KOCH Instit. iur. crim. §. 676. Quistorp Grds. des P. R. 2 Th. §. 572. Anderer Meinung ist jedoch Tittmann in den Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 390. in der Anmerk. S. 308.

97) *L. un. C. ubi de possess. agi oport. L. un. C. ubi de heredit. agar.*

sondern auch alle petitorische Klagen, welche gegen den Besitzer, als solchen, Statt haben, sie mögen dingliche [98]), oder persönliche Klagen seyn, insofern nämlich leztere die Sache selbst verfolgen (actiones in rem scriptae) [99]), angestellet werden. In Ansehung der blos persönlichen Klagen hingegen ist dieser Gerichtsstand nicht competent. Denn diese entspringen aus einer Obligation, deren Substanz, wie **Paulus** [100]) sagt, darinn besteht, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum. Sie können also nur bey dem Richter angestellet werden, unter welchem der Schuldner seinen persönlichen Gerichtsstand hat [1]). Daß nach teutschen Rechten das forum rei sitae je von größerem Umfange gewesen, und auch in Ansehung der blos persönlichen Klagen, insofern dadurch eine Sache gefordert wird, zuständig gewesen sey, wie **Aemil. Lud. Hombergk zu Vach** [2]) zu behaupten gesucht hat, ist nicht erweißlich. Die Gründe desselben hat **Joh. Christoph Bal-**

98) *L. 3. Cod. Ubi in rem actio L. 38. D. h. t.*

99) Der Grund, welcher bey den Realklagen gilt, nämlich *quod his actionibus non persona, sed res convenitur*, wie *Ger.* NOODT in Comment ad Pand. h. t. pag. 154. (Tom. II. *Operum*) sagt, findet auch bey den actionibus in rem scriptis Statt. Z. E. actio quod metus, actio ad exhibendum. *L. 9. §. ult. D. Quod met. cauf. L. 3. §. fin D. ad exhib.* S. *Ern. Th.* MAJER Diss. de foro rei sitae. *Tübingae 1692.* Cap. VIII. Tit. 56. sqq.

100) *L. 3. pr. D. de obligat. et action.*

1) *Io. Frid.* WAHL Diss. de foro arresti privilegiato. (*Goettingae 1749.*) §. 14. ZANGER Tr. de Exceptionibus P. II. cap. I. n. 265.

2) Diss. de foro rei sitae eiusquae amplitudine apud veteres Germanos. *Marburgi 1747.*

Balser [3]) genau geprüft, und hinlänglich widerlegt. Hombergks Meinung bemühete sich zwar dennoch Lud. Conr. Schröder [4]) zu vertheidigen, allein mit welchem Erfolg? hat Ge. Andr. Müller [5]) gezeigt. Ist in einem Lande der volle Landsaßiat eingeführt, so kann zwar derjenige, welcher daselbst unbewegliche Güter besitzt, auch abwesend, mit allen persönlichen Klagen vor demjenigen Gericht belangt werden, unter welchem die Güter gelegen sind. Allein dies beweißt doch Hombergks Meinung noch nicht, weil mich in einem solchen Lande, wo der volle Landsassiat gilt, schon der bloße Besitz liegender Güter zum wirklichen Unterthan macht [6]). Ueberdem ist ja der volle Landsassiat so wenig gemeinen Teutschen Rechtens [7]), als dasjenige dafür gehalten werden kann, was in dem Sachsen- und Schwabenspiegel enthalten ist, wenn auch die daraus angeführten Stellen [8]) das wirklich besagten, was Hombergk

3) Prolus. acad. de foro rei sitae apud Germanos. *Giessae 1748.* rec. 1752.

4) Specim. iur. Germ. de actionibus personalibus, quae ad rem petendam sunt comparatae, apud veteres Germanos in foro rei sitae instituendis. *Marburgi 1748.*

5) Disquisit. brevis de differentia iuris Rom. et Germanici quoad forum rei sitae, qua *Lud. Conr.* SCHROEDERI specimen *de actionibus personalibus* etc. sub examen vocatur. *Giſſae 1748.*

6) Man sehe oben §. 512. S. 270. des 1sten Abschn. dieses 6. Bandes.

7) Estors kleine Schriften 1. Band Nr. V. S. 49. ff. und Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts. 1. B. §. 54. S. 218.

8) Schwabenspiegel Kap. 84. u. Kap. 293. Sachsenspiegel B. 3. Art. 25. Allein die darin vorkommenden Ausdrücke:

bergt daraus zu beweisen suchte, wovon aber doch Balser so evident das Gegentheil dargethan hat. In Absicht auf die Begründung dieses Gerichtsstandes ist es übrigens gleichgültig, ob der in dem Gerichtsbezirke gelegene Gegenstand des Rechtsstreits eine bewegliche oder unbewegliche [9]), eine körperliche oder unkörperliche [10]), eine einzelne oder eine solche Sache ist, welche ein aus mehreren einzelnen Dingen bestehendes Ganzes (universitas rerum) ausmacht [11]). Sind diese Sachen an mehreren Orten zerstreuet, so ist die Klage da anzustellen, wo der größte Theil derselben gelegen ist [12]). Wird über eine Erbschaft gestritten, so soll zwar eigentlich die Klage an dem Orte angestellet werden, wo der

drücke: clagen uf aigen, oder clagen umb Gut sind offenbar von Realklagen zu verstehen. Dies erhellet aus den Worten: Sprichet man aintz Mannes aigen an, da soll er nit umb antworten, wan an der Statt, da ez lit. Also können die Worte des Schwabensp. Kap. 84. Daz ist also gesprochen, wo das aigen lit, da soll man auch darüber richten, wohl nicht anders, als von Realklagen verstanden werden.

9) *L. 3. C. ubi in rem actio.* macht keinen Unterschied, und *L. 38. D. h. t.* redet ausdrücklich auch von beweglichen Sachen. Daß sonst die Rechte in Ansehung der beweglichen Sachen nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden, wo der Besitzer seinen Wohnsitz hat, kommt hier nicht in Betrachtung, wo bloß die Lage der Sache den Gerichtsstand des Beklagten bestimmt. MEVIUS Part. IV. Decis. 74. not. 8.

10) Z. E. wenn wegen einer Servitut ein Streit entsteht. ZANGER Tr. de Exceptionib. P. II. cap. I. nr. 270.

11) Danz Grundsätze des ord. bürg. Processes §. 29.

12) *L. 50. L. 52. D. h. t.* MALBLANC Conspect. rei. iudic §. 163.

der Beklagte seinen Wohnsitz hat, es wäre denn, daß er sich auch an dem Orte aufhielte, wo sich die Erbschaft befindet. Dieß scheint mir wenigstens der Sinn der Verordnung [13]) zu seyn, in welcher es heißt: Ubi autem domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda. Noch mehr ergiebt sich dieses aus einer Stelle Ulpians [14]) welcher *lib. 5. Opinionum* sagt: In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent. Diese Meinung hat auch den Beyfall mehrerer angesehener Rechtsgelehrten [15]) für sich. Da sich indessen freylich noch manches gegen die angeführten Gesetzstellen einwenden läßt [16]), so

13) *L. un. Cod. Ubi de hereditate agatur.*

14) *L. 29. §. ult. D. de inoff. testam.*

15) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib XVII. cap. 17. HUBER Praelect. iur. civ. ad Dig. h. t. §. 49. HEINNECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Dig h. t. §. 36. *de* COCCEJI iur. civ. controv h. t. Qu. 21. *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Vol. I. Lib. IV. Ecclog. 5. und *Christ. Frid. Ge.* MEISTER Diss. Ubi de hereditate agatur. *Goettingae 1776.*

16) Man kann nämlich immer noch sagen, die *L. un. Cod. cit.* sey ein kaiserliches Rescript, welches sich blos auf den darin entschiedenen Fall bezieht, und kein Argument a contrario zuläßt, und das *oportet* in der *L. 29. D. cit.* kann auch wohl so erklärt werden, daß das forum rei sitae nicht schlechterdings auszuschließen sey, weil das Wort *oportet* in den Gesetzen nicht immer eine gesetzliche Nothwendigkeit anzeigt, wie schon ERISSONIUS de Verb. Signific. h. v. bemerkt hat. Hierzu kommt *L. un. Cod. Ubi fideicomm. peti oport.* Man vergleiche LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandectar. Lib. V. Tit. 3. §. 30.

Luc.

so hat man in der Praxis die Meinung des Accursius angenommen, daß die Erbschaftsklage eben sowohl an dem Orte, wo die Erbschaft gelegen ist, als in foro domicilii des Beklagten, angestellet werden könne [17]).

An dem Orte nun, wo der Gegenstand des Rechtsstreits sich befindet, wenn auch die Sache nur auf kurze Zeit dahin geschaft worden wäre, um sie sodann weiter zu bringen; denn auf die Zeit, wie lange die Sache an dem Orte bleiben soll, kommt nichts an, wenn sie nur wirklich daselbst ist [18]); muß also jeder Besitzer seinen Gerichtsstand in Ansehung dieser Sache anerkennen, ohne Unterschied, er mag gegenwärtig oder abwesend seyn, daselbst seinen Wohnsitz haben oder nicht [19]). Wer auch sonst einen

Luc. van de POLL de exheredatione et praeterit. Cap. LXXXII. §. 3. ZANGER de Exceptionib. P. II. Cap. I. nr. 289. WAHL Diss. de foro arresti privilegiato §. 13. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. § 1686. not. a.

17) VULTEJUS ad L. un. C. ubi de heredit BERGER Responf. P. I. Resp. 202. Qu 5. und Ebenderselbe in Oeconom. iur. Lib. II Tit. 4. Th. 54. not. 12. STRUV Synt. iur. civ. Ex. IX. Th. 43. *a* LEYSER Meditat. ad Pand Vol. II. Specim. XCIV. medit. 1. *a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. III. Obs. 156. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 21. not. u. p. 421.

18) *Io. Balth. a* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. Part. III. Obs. 61. MEVIUS Tom. II. Part VI. Decis 347. Auch solche Sachen, die nur durch einen Ort passiren, können angehalten. und dadurch das forum rei sitae begründet werden. MAIER Diss. de foro rei sitae. Cap. V. Th. 15 — 18.

19) *L. 2. C. ubi in rem act.* Anderer Meinung sind zwar Cujas in Paratitl. ad Tit. Cod. Ubi de hered. agat. Sichard in Com-

befreyten Gerichtsstand hat, muß dennoch hier erscheinen, oder gewärtigen, daß mit der Strafe des Ungehorsams wider ihn verfahren, und in die streitige Sache die Execution vollstreckt wird [20]). Denn es kommt hier nur auf die Lage der Sache, und nicht auf die Person des Besitzers an [21]). Es hängt aber freylich von dem Kläger ab, ob er diesen dinglichen oder den persönlichen Gerichtsstand des Beklagten wählen will [22]). Nur in Sachen, welche den jüngsten Besitz betreffen (in causis possessorii summarissimi) ist es gesetzlich befohlen, diesen Gerichtsstand als den ausschließend zuständigen zu betrachten [23]).

§. 520.

Comment. ad L. un. Cod. cit. nr. 2. und ZOESIUS ad Tit. Pand. de iudiciis nr. 78. Diese Rechtsgelehrten erfordern die Gegenwart des Besitzers zur Begründung des fori rei sitae. Allein die Gesetze, *L. 3. C. ubi in rem act. L. 38. D. de iudic.* sagen dieses nicht, wie schon VULTEJUS ad L. 3. C. ubi in rem act. gegen Cujaz erinnert hat. Man sehe auch STRUV Synt. iur. civ. Exercit. IX. Th. 49. und MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 346.

20) VOET Comment. ad Dig. h. t. §. 76.

21) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 54.

22) HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4237. nr. III. p. 673. Man sehe auch diesen Commentar §. 515. S. 290. f.

23) *L. un. C. ubi de possess. agi oport.* MALBLANC Consp. rei iudiciar. §. 163. Grollmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. §. 38. Anderer Meinung ist Ernst Fried. Pfotenhauer in der Abhandl. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. (Leipzig 1797.) §. 15.

§. 520.

5) Gerichtsstand des angelegten Arrests.

Ein besonderer Gerichtsstand kann ferner V) auch durch rechtmäßige Anlegung eines Arrests in Ansehung des Gegenstandes, um welches willen der Arrest erkannt wurde, vor dem denselben verfügenden Richter begründet werden, welcher das *forum arresti* genennt wird [24]). Unter einem Arrest versteht man eine Verfügung des Richters, wodurch entweder einer gewissen Person einen ihr angewiesenen Aufenthaltsort zu verlassen untersagt, oder die Macht derselben, über das Ihrige frey zu disponiren, auf Ansuchen und zur Sicherung der Ansprüche Anderer beschränkt wird [25]). Der Arrest kann entweder ein Personal-

24) *Io. Mart.* STARCK Diss. de foro arresti privilegiato, praes. *Io. Frid.* WAHL. *Goettingae 1749.*

25) *Dav.* MEVIUS de arrestis. *Lipsiae 1718. 4.* Dem römischen Rechte scheint dieses Rechtsmittel nicht gemäß zu seyn. *L. 1. C. de execut. rei iudic. Ge. Christ.* WINTER Diss. de electione fori. (*Altorf. 1725.*) §. 13. Anderer Meinung ist zwar HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4239. Allein die *L. 10. §. 16. D. Quae in fraud. creditor.* und *L. 7. §. fin. D. Qui satisdare cog.* geben keinen hinlänglichen Beweis. Man sehe *Guil.* FORNERII Selection. Lib. III. cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 96. und *Iac.* CUJACII Observation. Lib. XVI. cap. 19. Es ist vielmehr durch den teutschen Gerichtsgebrauch eingeführt, und durch die teutschen Reichsgesetze gebilliget worden. Conc. der C. G. O. Th II. Tit. 24. §. 2. R. A. v. J. 1570. §. 84. u. v. J. 1594. §. 82. KIND Quaest for. Tom. II. cap. 43. *Fran. Christoph.* BOLLES Diss. sistens succinctam explicationem constitutionis imperii de arrestis *Giessae* 1738.

oder Realarrest seyn, je nachdem er entweder über die Person des Schuldners oder über sein Vermögen verhängt wird. Die Mittel zur Anlegung eines Personalarrestes sind verschieden: dahin gehört, wenn dem Schuldner entweder blos das Verlassen seines Hauses oder gegenwärtigen Aufenthaltsortes untersagt, oder derselbe in ein öffentliches jedoch leidliches Gefängniß gebracht wird, oder wenn demselben Wachen in sein Haus gegeben werden. Eben so giebt es verschiedene Mittel zur Anlegung eines Realarrestes, nämlich wenn die Sachen dem Schuldner weggenommen, und im Gerichte oder an einem andern sichern Orte verwahret werden; oder wenn dem dritten Inhaber solcher Sachen befohlen wird, daß er sie, bis auf weitere Verordnung, nicht herausgeben solle; oder wenn bey ausstehenden Forderungen der Befehl an den Schuldner des Imploraten erlassen wird, daß er vor der Hand bey Strafe nichts an seinen Gläubiger auszahlen solle; oder wenn dem Schuldner durch eine gerichtliche Auflage die Veräusserung unbeweglicher Güter untersagt wird [26]). Immer setzt jedoch

26) Danz Grundsätze der summar. Processe. §. 59. und Grollmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 240. Gewöhnlich schränkt man zwar den Realarrest nur auf eine Verkümmerung beweglicher Güter des Schuldners ein. S. Danz a. a. O. §. 52. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4241. Allein daß auch die Untersagung der Veräußerung eine Art der Verkümmerung sey, und dieselbe bey unbeweglichen Gütern dem Arrest gleichgeachtet werde, haben MEVIUS de arrestis cap. IX. nr. 26. Claproth in der Einleitung in die sämmtlichen summarischen Processe §. 108. und Martin im Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes §. 263. S. 318. mit Recht erinnert.

doch der Arrest, wenn er rechtmäßig verfügt werden soll, eine augenscheinliche Gefahr voraus, daß dem Gläubiger die Verfolgung seines Rechts entweder ganz vereitelt, oder doch sehr erschwert werden würde, wenn dem Schuldner die freye Disposition über das Object des Arrests verbliebe. Dahin gehört, 1) wenn ein Schuldner wegen der Flucht verdächtig ist, und übrigens kein Vermögen zurückläßt, woraus der Gläubiger seine Befriedigung erhalten könnte. Z. B. man hat mit einem Reisenden ein Geschäft geschlossen, der, ohngeachtet ihm kein Credit gegeben worden, doch weder Zahlung, noch deshalb Sicherheit leistet. 2) Wenn der Schuldner sich mit dem Seinigen auf die Flucht bereits begeben hat. 3) Wenn der Schuldner sein Vermögen zu verschwenden anfängt, so daß zu befürchten ist, der Gläubiger möchte am Ende um seine Forderung kommen. 4) Wenn bey dem ausländischen Gericht, wo der Schuldner eigentlich belangt werden sollte, besonderer Verhältnisse wegen, z. E. wegen Krieges, keine richterliche Hülfe zu erlangen ist. 5) Wenn der Gläubiger seine Ansprüche an den verstorbenen Schuldner gegen die Erben desselben verfolgen muß, und diese, wenn sie sich einmahl in die Erbschaft getheilt hätten, nun nicht ohne Schwierigkeit und vielen Kostenaufwand unter verschiedenen Gerichten belangt werden müßten [27]). Ohne eine der angeführten Ursachen darf kein Arrest erkannt werden, selbst nicht auf Gefahr und Kosten des bittenden Theils, oder gegen desselben bloße Sicherheitsbestellung. Eine solche Arrestverfügung

27) Claproth a. a. O. §. 110. und 111. Danz a. a. O. §. 56. Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes §. 261.

würde unheilbar nichtig seyn, und der Richter sich der Syndicats- oder Injurienklage aussetzen[28]). Hat nun der Implorant noch ausserdem seine Forderung bescheiniget, wenn er sie auch nicht sogleich zu liquidiren im Stande wäre, in welchem Falle jedoch eine Sicherheitsleistung erfordert wird[29]); so kann ein jeder Richter, er sey in Ansehung der Forderung des Imploranten der zuständige oder nicht, den gebetenen Arrest verhängen, wenn nur in dem letzten Falle gezeigt werden kann, daß der Schuldner sich und das Seinige der Gerichtsbarkeit des sonst zuständigen Richters entzogen habe[30]). In diesem Falle begründet die Anlegung des Arrests in Rücksicht auf die Forderung, in Ansehung welcher derselbe angelegt wird, sie sey eine persönliche oder dingliche, die Gerichtsbarkeit desjenigen Richters, unter dessen Gerichtszwange sich die Person des Schuldners oder desselben Sachen befinden, wenn er auch ausserdem nicht der zuständige

28) *Io. Sal.* BRUNNQUELL Diss. de processu arresti ad effectum sistendi. *Ienae 1725.* (in *Opusc.* pag. 253. sqq.) §. 26. et 27, Claproth §. 116. Danz §. 58. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4242.

29) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim CCCCLXXV. medit. 1—4. Claproth a. a. O. §. 115. KIND Quaestion. for. Tom. II. cap 43. p. 249.

30) Grollmanns angef. Theorie §. 241. Der Richter, welcher einen gebetenen Arrest zu verfügen Anstand nimmt, wo derselbe billig erkannt werden sollte, oder bey dessen Anlegung säumig ist, wo Gefahr auf den Verzug haftet, kann auf Entschädigung belangt werden. WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 220. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4242. nr. IV. Danz Grundsätze der summar. Processe §. 58.

dige Richter des Imploraten gewesen wäre [31]). Es ergiebt sich hieraus, daß durch Arrestverfügung nicht nur die Jurisdiction des competenten Richters befestiget, oder einem an sich gegründeten speciellen Gerichtsstande, z. B. dem foro contractus, Anwendbarkeit verschaft [32]), sondern auch die Gerichtsbarkeit eines an sich incompetenten Richters prorogirt werden kann [33]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zwar Arreste auch häufig als reelle Executionsmittel zur Beytreibung unbestrittener oder rechtskräftig entschiedener Ansprüche und Forderungen verfügt zu werden pflegen, wenn der Schuldner keine Anstalt zur Bezahlung

31) MEVIUS P. III. Decis. 56. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. VII. §. 1. et §. 4. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 199. *Io. Sal.* BRUNNQUELL Diss. cit. §. 22. Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Band. Nr. IX. Claproth a. a. O. §. 118. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 32. und Desselben Grundsätze der summarischen Processe. §. 55. u. § 60. HOFACKER c. l. §. 4242. nr. II. Anderer Meinung sind jedoch Struben in den rechtl. Bedenken Th. V. Bed. 88. WAHL in Diss. de foro arresti privigiato §. 39. *Io. Christ.* BALSER Progr. de arresto facti et illicito a iudice rei sitae contra forensem decreto. *Giessae 1752.* und Martin in den angef. Lehrbuch §. 261. Diese behaupten, daß Verhängung eines Arrests keinen eigenen Gerichtsstand für die Hauptsache begründe. Allein mit dem Gerichtsgebrauche stimmt diese Meinung nicht überein.

32) MEVIUS P. I. Decis. 239. PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 167.

33) BRUNQUELL cit. Diss. §. 51. Vergl. meinen Commentar 3. Th. §. 205. b.

macht [34]); insofern aber dieselben als provisorische Verfügungen zur Sicherung noch nicht unbestrittener Forderungen in Betrachtung kommen, so wird dadurch eine eigene Art des summarischen Processes veranlaßt, welchen man den Arrestproceß nennt, wovon **Claproth**, **Danz**, **Grollmann** und **Martin** an den bereits angeführten Orten ausführlich gehandelt haben.

Unser Verfasser gedenkt noch zum Beschluß des so genannten Sächsischen Arrestes, welcher von dem gemeinen Arrest darin unterschieden ist, daß er dem Gläubiger, der solchen ausgewirkt hat, auf dem Vermögen des Schuldners ein dingliches Sicherheits- und Vorzugsrecht vor andern Gläubigern gewährt, die kein älteres Realrecht haben [35]). In Churſachsen, so wie in Weimarischen und Altenburgischen Landen, ist jedoch dieser Arrest abgeschaft, und statt desselben den Gläubigern gestattet worden, bey der Obrigkeit des Schuldners, wenn dieser in Abfall der Nahrung geräth, darauf anzutragen, daß demselben durch eine gerichtliche Auflage alle fernere Veräusserung und Verpfändung seines Vermögens untersagt werde [36]).

§. 521.

34) Claproth Einleit. in die sämmtl. summar. Processe §. 111. und Grollmanns Theorie §. 240. S. 407.

35) Den Unterschied zwischen dem Sächsischen und gemeinen Arrest zeigt KIND in Quaestionib. for. Tom. II. cap. 43. p. 247.

36) Jo. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. LII.

§. 521.

6) Gerichtsstand der geführten Verwaltung.

Endlich wird auch noch VI. ein besonderer Gerichtsstand wegen einer geführten Verwaltung fremder Geschäfte, sie seyen öffentliche oder Privat-Geschäfte, sie rühren aus einer Vormundschaft, oder Negotiorumgestion, oder aus einem andern Contract oder Quasi-Contract her, bey dem Richter begründet, von welchem diese Verwaltung aufgetragen, oder vor welchem, oder in dessen Gerichtsbezirk dieselbe geführt worden ist [37]). Die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** verordnen [38]): Eum, qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere. Dieser Gerichtsstand kommt zwar mit dem Gerichtsstande des Contracts darin überein, daß hier der Verwalter eben so zur Ablegung der Rechnung und zum Ersatz der durch seine Culpa verursachten Schäden verbunden ist, als der Beklagte in foro contractus auf die Erfüllung des Contracts belangt werden kann. In dieser Hinsicht hat **Leyser** [39]) nicht unrecht, wenn er den Gerichtsstand der geführten Verwaltung für eine besondere Gattung vom foro contractus hält. Allein darin hat doch dieser Gerichtsstand etwas eigenthümliches, daß der Admi-

37) *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de foro gestae administrationis. *Ienae* 1690. rec. 1743. und *Did.* SCHUMACHER Diss. de foro administrationis, et quatenus administrator forum ordinarium declinare queat? *Marburgi 1768.*

38) *L. 1. C. Ubi de ratiociniis, tam publicis quam privatis, agi oportet.*

39) Meditat. ad Pandect, Vol. II. Specim. LXXIII. medit. 5. et 9.

Administrator daselbst belangt werden kann, er mag gegenwärtig oder abwesend seyn, und es auch nicht einmahl von der Willkühr des Klägers abhängt, ob er den Beklagten hier oder in dem Gerichtsstande seines Wohnorts belangen wolle, welches bey dem Gerichtsstande des Contracts alles ganz anders ist [40]). Bey diesem Gerichte müssen nun also alle aus der Geschäftsverwaltung entspringende Klagen, sie seyen directae oder contrariae, angebracht werden, und zwar soll dieser Gerichtsstand der ausschließend zuständige seyn, weil die hier in Betrachtung kommende Rechnungen und Gegenrechnungen eine genaue Untersuchung erfordern, wozu die nöthigen Belege und Beweise nirgends so vollständig und promt erhalten und beygebracht werden können, als da, wo die Administration geführt worden ist [41]). Vermöge dieses gesetzlichen Grundes muß also in diesem Gerichte nicht nur die Klage gegen den Verwalter der Geschäfte auf Ablegung der Rechnung angestellet werden, welcher diesen Gerichtsstand durch Vorschützung irgend einer Einrede

40) *L.. 54. §. 1. D. de procurator. L. 36. §. 1. D. h. t. L. 45. D. eodem. L. 1. et 2. Cod. Ubi de ratiocin.* verglichen mit *L. 19. §. ult. D. h. t.* Man sehe SLEVOGT cit. Diss. Cap. I. §. 6. und SCHUMACHER cit. Diss. Cap. I. §. 12. et 13. Cap. III. §. 6. Anderer Meinung ist zwar BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 19. D. h. t. welcher mit Wesenbec und Berlich auch bey diesem Gerichtsstande dem Kläger die Wahl gestatten will. Allein diese Meinung hat *Io. Henr.* BERGER in Exercitat. de foro rerum singulari. *Vitembergae 1694.* §. 29 — 35. ausführlich widerlegt.

41) *L. 2. Cod. Ubi de ratiocin.* sagt: in quo, sc. iudicio, et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta praestari.

de eben so wenig von sich ablehnen kann, als er sich wegen seiner geführten Administration vor einem andern Richter zu verantworten schuldig ist [42]), sondern es gehört auch die dem Verwalter wegen der ihm gebührenden Schadloshaltung zustehende Gegenklage vor das nämliche Gericht [43]).

§. 522.

II) Von den befreyeten Gerichtsständen. 1) Gerichtsstand der mitleidswürdigen Personen.

Von den gemeinen Gerichtsständen gehen wir nun zu den befreyten über. Diese sind entweder in Rücksicht auf Personen, oder in Rücksicht auf Sachen privilegirt. §. 510. S. 240.) Hier ist bloß von den befreyten Gerichtsständen der erstern Art die Rede [44]). Von diesen bemerken wir im Allgemeinen:

1) daß der befreyte Gerichtsstand einer Person gewöhnlich die Stelle des Gerichtsstandes ihres Wohnorts vertritt. Er ist folglich seinem Umfange nach generell, und in

42) L. B. *a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 468. *ab* ENGELBRECHT Observat. for. Specim III. Obs. 95. MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decis. 267. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXIII. medit. 8. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 968. pag. 724. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4244.

43) LEYSER Specim. LXXIII. corol. 2. SCHUMACHER cit. Diss. Cap. 3. §. 7. MALBLANC Consp. rei iudic. §. 165. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 30. und Grollmann Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 40.

44) *Casp.* ZIEGLER Tract. de foro privilegiato. *Vitemhergae 1662.*

in allen, nicht besonders ausgenommenen Sachen gegründet [45]).

2) Die Befreyung findet jedoch nur Statt, wenn der Privilegirte belangt wird. Denn wenn er als Kläger sein Recht verfolgt, so muß er dem Gerichtsstande des Beklagten folgen. Sie fällt auch denn weg, wenn derselbe entweder als Intervenient, oder als Litisdenunciat einer streitenden Parthey beystehet. Hier muß er wegen des Zusammenhangs der Sache dasjenige Gerücht anerkennen, vor welchem der Hauptstreit hängt [46]).

3) Der privilegirte Gerichtsstand einer Person ist in der Regel nur in persönlichen Ansprüchen und Forderungen gegründet. Alle dingliche Ansprüche, worin der Privilegirte bloß als Besitzer einer streitigen Sache betrachtet wird, gehören daher vor das gemeine Gericht [47]).

4) Der befreyte Gerichtsstand erstreckt sich auch auf Frau und Kinder, und letztere behalten denselben so lange, bis sie durch Erwählung einer eigenen Lebensart ihren bisherigen Zustand verändern [48]). Als ein Surrogat des ordent-

45) Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Th. Deduct. III. §. 8. nr. 11. ff. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 34. Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerl. Processes §. 35.

46) *L. 49. pr. D. h. t.*

47) GAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 37. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 305. in Suppl. novo nr. 26. sqq. pag. 320.

48) *Frid. Es. a* PUFFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 93. et Tom. III. Obs. 197.

deutlichen allgemeinen Gerichtsstandes des Wohnorts kommt er auch dem Gesinde der befreyeten Personen zu, wie bereits oben (S. 246 ff.) mit mehreren erwiesen worden ist [49]). Endlich

5) Keine persönliche Befreyung in Ansehung des Gerichtsstandes schützt gegen die Anerkennung der besondern Gerichtsstände, z. B. des Contracts, der geführten Verwaltung, u. s. w. [50])

Von diesen Regeln machen jedoch mitleidswürdige Personen in Ansehung des ihnen ertheilten befreyeten Gerichtsstandes in verschiedener Rücksicht eine Ausnahme, wie aus dem Folgenden erhellen wird.

I. Mitleidswürdige Personen (personae miserabiles) haben nach dem römischen Rechte in Ansehung des Gerichtsstandes ein doppeltes Privilegium.

1) Sie sind berechtiget, ihre Rechtsstreitigkeiten, ohne Unterschied, sie seyen Kläger oder Beklagte, mit Uebergehung aller sonst gewöhnlichen Instanzen, sogleich an den Regenten selbst zu bringen, und die Verhandlung derselben vor seinem höchsten Tribunal zu verlangen, wenn sie irgend eine Ursach haben, die unpartheyische und wirksame Rechtspflege der ordentlichen Gerichte zweydeutig zu finden, und besonders, wenn sie die Macht ihrer Gegner fürchten.

2) Wenn sie hingegen nicht selbst, sondern vielmehr ihre Gegner unter irgend einigem Vorwand sich sogleich, mit

49) Man sehe auch Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß. (Greifswald 1800.) 1 Th. §. 55. S. 64.

50) Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 1. Th. §. 75. Mehlen a. a. O.

mit Vorbeygehung der ordentlichen Richter, an den Regenten selbst gewendet hätten; so sollen sie nicht nöthig haben, sich vor desselben Tribunal zu stellen, wenn es ihnen zur Beläſtigung gereicht; sondern sie sollen sich zur Vermeidung aller Kosten und Beschwerlichkeiten nur vor dem Richter ihres Wohnorts verantworten dürfen. Dieses Privilegium ist in der *L. un. Cod. Quando Imperator inter pupillos, vel viduas, vel alias miserabiles personas cognoscat* [51]), gegründet, wo K. **Constantin** sagt: Si contra pupillos, vel viduas, vel diuturno morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatui nostro sui copiam facere: quinimo intra provinciam, in qua litigator, et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam: atque omnis cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. Quod si pupilli vel viduae, aliique fortunae iniuria miserabiles, iudicium nostrae Serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescant, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam face-

51) Einen Commentar über dies Gesetz liefern ausser *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 2. Cod. Theodos. de officio iudicum omnium. (Tom. I. pag. 64. sq. edit. *Ritter.*) *Frid. Henr. Max.* KERSTEN in Diss. ad L. un. Cod. Quando Imperator inter pupillos, praes. *Frid. Gottl.* ZOLLERO, def. *Lipsiae 1773. Walter Vincent.* WIESE in Diss. de foro personarum miserabilium ad L. un. C. Quando Imp. inter pupillos etc. *Rostochii 1781. Io. Anf.* FEUERBACH in Diss. an et quatenus privilegia miserabilium personarum pauperibus denegari possint. *Giessae 1778.* und besonders *Corn. Ant. Fannius* SCHOLTEN Diss. de privilegio fori, quod habent miserabiles, uti vocantur, personae. *Lugduni Batavor. 1789.*

facere. Es entsteht nun hier die Frage, wer diese mitleidswürdige Personen sind, denen Kr. Constantin dieses Privilegium in Ansehung des Gerichtsstandes verliehen hat? Das Gesetz gedenkt

1) der Pupillen. Darunter werden eigentlich nur unmündige Waisen verstanden, die ihren rechtmäßigen Vater verlohren haben, und also sui iuris sind [52]). Also nicht alle Minderjährige, auch nicht alle Unmündige gehören zur Classe der mitleidswürdigen Personen. Man kann auch nicht von den Pupillen auf Minderjährige, die schon die Mündigkeit erreicht haben, richtig schließen, weil zwischen beyden ein ganz verschiedenes Rechtsverhältniß Statt findet, wie schon Ziegler [53]) und Kersten [54]) gezeigt haben. Es fehlt indessen nicht an Rechtsgelehrten, welche dennoch den Minderjährigen ein gleiches Privilegium gestatten wollen [55]). Das Gesetz gedenkt

2) der Wittwen. Ob sie reich oder arm sind, unterscheidet das Gesetz nicht. Es ist also darauf keine Rücksicht zu nehmen, weil jede Wittwe durch den Tod ihres Mannes in eine Lage kommt, die schon an sich Mitleiden verdient [56]). Es kommt auch nicht auf den Stand derselben

52) *L. 239. pr. D. de Verbor. Significat.*

53) Diss. de foro privilegiato. Cap. VIII. §. 1.

54) Diss. ad L. un. C. cit. §. 8. Man vergleiche auch FEUERBACH Diss. cit. §. 7.

55) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 115. SCHOLTEN in Diss. cit. Cap. I. §. 2. MALBLANC Conspect. rei iudiciarie §. 169.

56) VOET h. t. §. 117. *Gabr.* SCWEDER Diss de privilegio fori personar. miserabilium. (*Tub. 1682*) (in *Collect. Dissertation.*

ben an [57]). Mehrere Rechtsgelehrte [58]) wollen auch unverheyrathete Personen, welche noch Jungfern sind, zu dieser Classe rechnen, weil das Wort *vidua* nach der Erklärung, welche Javolen [59]) davon giebt, nicht bloß allein eine solche mulierem bezeichne, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque, quae virum non habuisset. Allein erstens ist die von dem römischen Juristen angegebene Bedeutung des Worts *vidua* ungewöhnlich, und weicht vom gemeinen Sprachgebrauche ganz ab. Sie kann daher hier, wo von einem Privilegium die Rede ist, nicht zum Grunde gelegt werden, da diese nach dem gemeinen Sprachgebrauche zu erklären sind [60]), vermöge welchen das Wort *vidua* eine Wittwe bezeichnet, die ihren Mann durch den Tod verlohren hat, und noch nicht wieder zur andern Ehe geschritten ist [61]). Zweytens ist bey den Jungfern auch nicht

Tom. I. nr. 2.) §. 33. KERSTEN cit. Diss §. 9. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. IV. Th. 3. not. 1. LEYSER Med. ad Pand. Vol. II. Spec. LXXVIII. med. 7.

57) CARPZOV in Respons. iur. Lib. II. Resp. XIX. n. 27. et 28. ist zwar anderer Meinung; man sehe aber KERSTEN cit. Diss. §. 10.

58) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XIII. §. 21. *Pet.* DUIRSEMA Coniectural. iuris civ. (*Groeningae 1714.*) Lib. II. cap. 2. §. 1. p. 165. sqq. ZIEGLER in Diss. cit. Cap. VII. §. 2. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord Dig. h. t. §. 107. KERSTEN cit. Diss. §. 11.

59) *L. 242. § 3. D. de Verbor. Signif.*

60) *L. 69. D. de Legatis III. L. 14 de Legib. Iul a* BEYMA Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Significat. ad L. cit. 242. pag. 238.

61) Diese eigentliche Bedeutung des Worts *vidua* bestätigt auch die Etymologie, nach welcher dieses Wort von *iduo, iduare* her-

nicht derselbe Grund, wie bey den Wittwen vorhanden, welche durch den Tod ihres Mannes insgemein in eine traurige Lage gerathen, und daher mehr Mitleiden verdienen, als Jungfern. Mit Recht wird daher diese Meinung von andern [62]) verworfen, denen auch unser Verf beystimmt. Den Wittwen pflegt man jedoch diejenigen Ehefrauen gleich zu achten, die so gut als keinen Mann haben, weil sie der Mann verlassen hat, oder weil derselbe wahnsinnig oder in einem solchen Zustande ist, daß er für bürgerlich tod gehalten werden kann [63]). Zu den mitleidswürdigen Personen zählt das Gesetz

3) diejenigen, **welche durch langwierige Krankheiten entkräftet**, oder sonst **gebrechlich sind**, (diuturno morbo fatigati et debiles). Man rechnet dahin Gichtbrüchige, Taube, Stumme, Blinde,

 auch

herkommt, welches soviel als separare oder privare heißt. *Vidua* ist also nach dieser Wortableitung quasi a viro separata seu orbata viro. MACROBIUS *Saturnal.* Lib. I cap. 15. Man vergleiche hier MENAGII Amoenitates iur. civ. Cap. 39. pag. 394. sq. und vorzüglich VOSSII Etymolog. voc. *Idus.*

62) VOET Comm. h. t. §. 115. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 58. SCHOLTEN cit. Diss. Cap. I. §. 3. SCHWEDER Diss. cit §. 31. LEYSER Meditat. ad. Pand. Specim. LXXVIII. medit. 3. FEUERBACH cit. Diss. §. 7. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 169. not. b. HOFACKER Princip. iur. civ. Tit. III. 4245. not. c. Man sehe auch *Io. van der* LINDEN Diss. de iure viduarum. *Lugd. Batav.* 1774. p. 22.

63) VOET h. t. §. 115. SCHWEDER cit Diss. §. 32. SCHOLTEN cit. Diss. Cap. I. §. 3 pag 19. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 169.

auch solche, die mit der fallenden Sucht beschweret sind u. d. m.[64]). Auch sogar abgelebte Greise[65]). Endlich

4) diejenigen, die durch Unglücksfälle um ihr Vermögen gekommen, oder sonst preßhafte Personen sind. Z. B. die unschuldig vertrieben, oder durch andre widrige Schicksale unglücklich geworden sind. Die Ausdehnung des Privilegiums auf gerichtlich erklärte Verschwender, getaufte Juden, Fremdlinge, Schulen, Klöster und andere pias causas läßt sich nicht rechtfertigen[66]). Den Armen, wenn sie es mit reichen und mächtigen Gegnern zu thun haben, kann jedoch dieses Privilegium nicht abgesprochen werden[67]), wenn man erwägt, wie sehr sich Constantin

64) SCHWEDER §. 40. et 41. SCHOLTEN Cap. I. §. 4. KERSTEN cit. Diss. §. 12. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III §. 4245.

65) VOET h. t. §. 115. MALBLANC c. l. HOFACKER c. l.

66) Man sehe LEYSER Specim. LXXVIII. medit. 3. et 4. und SCHOLTEN cit. Diss. Cap. I. §. 5.

67) Anderer Meinung ist FEUERBACH cit. Diss. § XI. sq. Allein die daselbst angeführten Gründe sind nicht überzeugend. Mit mir stimmen überein *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 2. C. Theod. de officio iudicum omn. Tom I. pag. 63. SCHOLTEN cit. Diss. Cap. I. §. 4. pag. 22. sqq. KERSTEN cit. Diss. §. 13. SCHWEDER cit. Diss. §. 42. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4245. MALBLANC Conspect. R. I. §. 169. Danz Grundsätze des gem. bürgerl. Processes §. 37. S. 164. Welche Personen jedoch eigentlich unter den Armen zu verstehen sind, läßt sich nicht aus der *L. 10. D. de accusat.* beurtheilen, sondern ist vielmehr dem richterlichen Ermessen zu überlassen, um nach Erwägung der eintretenden Umstände darüber den Ausspruch zu thun. R. Kammerger. Ordn. Th. I. Tit. 55. §. 1. LEYSER Specim. LXXXV. med. 2. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. B. Nr. 92.

ſtantin die Sorge für die Armen, nicht bloß in Rückſicht ihrer Verflegung [68]), ſondern auch vorzüglich in Rückſicht ihrer rechtlichen Vertheidigung aus Gründen der chriſtlichen Religion habe angelegen ſeyn laſſen [69]), damit ſie nicht, wie dies beſonders in den entferntern Provinzen der Fall war, von den Mächtigern unterdrückt werden möchten [70]). Kr. Conſtantin, deſſen Hof, wie Balduin [71]), ſich ausdrückt, gleichſam das allgemeine Aſyl der leidenden Unſchuld ſeyn ſollte, giebt nun alſo dieſen Perſonen das Privilegium, daß ſie zwar ihre Rechtsſtreitigkeiten ſogleich an den Imperator ſelbſt zu bringen befugt ſeyn ſollen, vor deſſen Throne, wie König Theodorich bey Caſſiodor [72]) ſagt, die Unſchuld

68) *L. 1. et 2. Cod. Theodoſ. de alimentis, quae inopes parentes de publico pet. deb.* ibique *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad easd. LL.

69) Man denke an die Defenſores pauperum, wovon *can. 10. Concilii Carthaginenſis V. anni 401* (Tom. I. *Concilior*, pag. 904. ſq. edit. *Harduini*) ſagt: Ab Imperatoribus univerſis viſum eſt poſtulandum, propter adflictionem pauperum, quorum moleſtiis ſine intermiſſione fatigatur eccleſia, ut *Defenſores eis adverſus potentias divitum cum epiſcoporum proviſione delegentur.* S. *Ioſ* BINGHAMI Origines ſ Antiquitat. eccleſiaſt. Lib. III. cap. XI. §. 2. (Vol II. pag. 59. edit. *Halens.* 1725.) und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 38. Cod Theod. de Epiſcop. Eccleſ. et Cleric. (Tom. VI. pag. 85.)

70) *Corn. Wilh. de* RHOER Diſſertationes de effectu religionis chriſtianae in iurisprud. Rom. Faſcic. I. Diſſ. IV. §. 7. pag. 109. in fin. ſqq.

71) Conſtantin. Magnus ſ. de Conſtantini Imp. legibus eccleſ. et civil. Lib. II. pag. 224. (edit *Argentor.* de a. 1612.)

72) *Variar. Epiſtolar* Lib. IV. ep. 3. Innocentiae profeſſio eſt, noſtram elegiſſe praeſentiam, ubi nec violentiae locus datur, nec

ihre Zuflucht und die Chikane ihr Grab findet; sie hingegen sollen nicht genöthiget werden können, sich vor diesem höchsten Tribunal (comitatui nostro) [73]) zu stellen, wenn etwa ihre Gegner sogleich an den Kaiser selbst gehen, und sie daselbst belangen wollten. Um dieses Privilegium richtig zu verstehen, ist zu bemerken, daß es in der monarchischen Verfassung nichts ungewöhnliches war, mit Vorbeygehung der ordentlichen Richter bald aus dieser, bald aus jener Ursache Rechtsstreitigkeiten an den Kaiser selbst zu bringen, besonders wenn Jemand mit einem mächtigen Gegner zu thun, und gegen kleinere Despoten bey dem größern Hülfe

nec violentiae locus datur, nec avaritiae vitia formidantur. *Maurentius* atque *Paula*, patris auxilio nudati, multorum se iniuriis testantur exponi: quorum adolescentia pervia videtur incommodis, cum facile possit subrepi vel iuvenibus destitutis: et ideo nostrum merentur praesidium, a quibus se calliditas non abstinet improborum. Proinde Sublimitas vestra tenorem praesentis iussionis agnoscens supra memoratos adultos, si quis iurgantium pulsare voluerit, *ad nostrum comitatum* noverit dirigendos, *ubi et innocentia perfugium et calumniatores ius possunt invenire districtum.*

73) *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae Lib II. cap. 5. sagt: *Comitatus Principis* est aula Principis aut Caesaris; und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 2. C. Th de officio iudic. omn. erklärt das Wort *Comitatus* so, ubi Princeps est. Allein wahrscheinlich wird darunter das *auditorium sacrum*, d. i. dasjenige höchste Tribunal verstanden, worin der Kaiser selbst Richter war, und dessen in den Novellen des K. Theodosius Lib. I. Tit. 23. *de tributis fiscalibus, et de sacro auditorio et de ceteris negotiis* Erwähnung geschieht. Vid. *Christ. Gottl.* HAUBOLD. Specim. iur. Rom. publ. de Consistorio Principum. Cap. I §. 2.

Hülfe zu suchen hatte [74]). Ein solches Mittel soll nun nach unserm Gesetz, zur Belästigung der Wittwen und Waisen, und überhaupt solcher Personen, die wegen ihres mitleidswürdigen Zustandes wohl nicht leicht ihrem Gegner fürchterlich seyn können, nicht Statt finden. Wenn diese hingegen irgend eine Ursache hätten, die Macht ihrer Gegner zu scheuen, oder die Rechtspflege der ordentlichen Gerichte zweydeutig zu finden, so soll ihnen der Thron des Kaisers zu einer sichern Zuflucht gereichen [75]). Man versteht zwar das Gesetz gewöhnlich so, daß Wittwen, Waisen und andere im Gesetz genannte Personen schon als solche ohne andere Verhältnisse und Ursachen berechtiget seyn sollen, ihre Angelegenheiten sogleich an den Kaiser zu bringen [76]). Allein die Worte: *praesertim cum alicuius potentiam perhorrescant*, sollen nur den gewöhnlichen Fall anzeigen, wie schon **Godefroi** [77]) und **Noodt** [78]) bemerkt haben, keinesweges aber können sie so verstanden werden, daß solche Personen, von denen das Gesetz redet, nach Gefallen, auch wenn

74) Man sehe GOTHOFREDI Commentar. ad L. 2. Cod. Theod. de officio iudicum omnium (Tom. I. pag. 64.)

75) Da das Gesetz keinen Unterschied macht, so ist es gleichgültig, sie seyen Kläger oder Beklagte. S. VOET h. t. §. 120. und SCHOLTEN cit. Diss. Cap. II. §. 3. pag. 45.

76) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum* Lib. II. Tract. XXIV. Qu. 3. pag 267. STRAUCH Lexic. particular. iuris v. *praesertim.* ZIEGLER Tr. de foro privilegiato. Cap. VII. §. 4. SCHWEDER cit. Diss. §. 52. KERSTEN cit. Diss. §. 5. et 6.

77) Comment. ad L. 2. Cod. Theod. de officio iudic. omnium p. 65.

78) Commentar. ad Dig. h. t. (*Oper.* Tom. II. p. 154. §. *Alius modus* in fin.)

sie von Seiten ihres Gegners oder der ordentlichen Richter gar nichts zu befürchten haben, sich sogleich an den Fürsten wenden könnten. Das Adverbium *praesertim* druckt öfters in unsern Gesetzen das aus, was gewöhnlich so und nicht anders ist [79]). Aus Frömmigkeit Unbilligkeiten zu gestatten, war wohl weder **Constantins** noch seiner Nachfolger Absicht; wenigstens protestirt **Theodorich** dagegen, wenn er bey **Cassiodor** [80]) sagt: Orphanis ac viduis contra saevos impetus placida praestare debemus solatia, ita tamen, ne (quod accidit per nimiam pietatem) dum miseris subuenire quaerimus, locum legibus auferamus.

Es fragt sich nun, in wiefern von diesem Privilegium noch heut zu Tage Gebrauch zu machen sey? Hier ist

1) soviel gewiß, daß dasjenige Privilegium, vermöge welchen mitleidswürdige Personen nicht sollen genöthiget werden können, außer ihrer Provinz mit ihren Gegnern vor dem Tribunal des Kaisers zu streiten, wenn etwa dieselben sich sogleich dahin gewendet haben sollten, jetzt nicht mehr denkbar sey, nachdem **Justinian** in der Folge das nämliche Recht allen Provinzialen überhaupt ertheilt, und nur den Fall ausgenommen hat, wenn von dem Richter der Provinz kein Recht zu erhalten wäre [81]). Soviel hingegen

2) das

79) Vid. BRISSONIUS de verborum Significat. h. v.

80) *Variar. epistol.* Lib. XI. epist 3.

81) *Nov. LXXXVI.* Man vergleiche *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 22. SCHWEDER Diss. de privilegio fori personar. miserabil. §. 3—6. SCHOLTEN cit. Diss. Cap. II. §. 7. WIESE cit. Diss. §. 3.

2) das oben angeführte andere Privilegium der mitleidswürdigen Personen anbetrift, so bestreitet zwar Thomasius [82]) den heutigen Gebrauch desselben aus nicht unerheblichen Gründen; allein nach der heutigen Praxis findet es nicht nur Statt, sondern es ist noch auf mancherley Art zur Ungebühr erweitert worden [83]). Der Gebrauch desselben besteht

a) in den einzelnen teutschen Reichsländern [84]) darin, daß solche Personen, sie seyen Kläger oder Beklagte, mit Uebergehung der untern Instanzen, sich sogleich an den Landesherrn selbst, oder dessen höchste Gerichte wenden können, wenn auch gleich kein weiterer Grund vorhanden ist, die Richter der untern Instanzen zu verwerfen [85]). Ist dieses richtig, so kann wohl der Unterschied, den einige Rechts-

82) Diss. de singulari aequitate I. un. Cod. quando Imp. inter pupillos. Sect. 3. et 4.

83) *Io. Guil.* HOFFMANN Observation. quae ad usum fori spectant. fascic. (*Francof. ad Viadr. 1736.*) Obs. 12. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4245. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58. LEYSER Specim. LXXVIII. med. 1. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 169. in fin.

84) In den Preußischen Staaten ist das privilegium personarum miserabilium in Rücksicht des Gerichtsstandes aufgehoben. S. allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. 1. Th. 2. Tit. §. 106.

85) BRUNNEMANN in Comm. ad L. un. Cod. cit. nr. 14. SCHWEDER cit. Diss. §. 15. et §. 52. Dan; Grundsätze des ordentl. bürgerl. Proc. §. 37. und Grollmanns Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten § 45.

gelehrten [86]) zwischen der persönlichen und Patrimonialgerichtsbarkeit machen, in keine Betrachtung kommen. Denn eben dieß, daß die letztere den Römern nicht bekannt war, giebt uns einen Grund, weshalb in Ansehung ihrer keine Ausnahme gemacht werden kann, da sich mit nichts erweisen läßt, daß der Patrimonialjurisdiction hierin ein vorzüglicheres Recht, als der Amtsgerichtsbarkeit zustehe [87]).

b) Was die höchsten Reichsgerichte anlangt, so fehlt es zwar über die Anwendung dieses Privilegiums auf die gedachten Gerichte an deutlichen Bestimmungen in den Reichsgesetzen [88]), es ist auch bey der letztern Cammergerichtsvisitation, als dieser Punct zur Sprache kam, darüber nichts entschieden worden [89]). Indessen ist doch der vollkommene Gebrauch desselben bey beyden Reichsgerichten durch den Gerichtsgebrauch insofern außer allem Zweifel gesetzt, daß sowohl unmittelbare als mittelbare Kläger, welchen nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts dieses Privilegium zusteht, ihre Klagen gegen unmittelbare Beklagte, auch mit Uebergehung der Austrägalinstanz, sogleich bey einem

86) BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. 3. not. 2. und KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 46

87) WERNHER Observat. for. Tom. III. Part. I. Obs. 3. nr. 15—18. KERSTEN cit. Diss. §. 20. WIESE cit. Diss. §. 6. pag. 16. MALBLANC Consp. rei iudic. §. 169. in fin.

88) Man vergleiche Cammergerichtsordn. Th. I. Tit. 12. §. 3. Th. II. Tit. 1. §. 2. Th. III. Tit. 64. §. 1. Reichshofr. Ordn. Tit. 2. §. 6.

89) Gesammelte Originalbriefe, die letzte Cammergerichtsvisitation betreffend Th. I. S. 214. u. 224.

nem der höchsten Reichsgerichte anzubringen befugt sind [90]). Ob aber auch mitleidswürdige Personen in dem Falle, da ihre Gegner der Landeshoheit unterworfen sind, mit Uebergehung der Territorialgerichte, ihre Klagen sogleich bey den höchsten Reichsgerichten anbringen können, ist eine sehr bestrittene Frage. Einige [91]) behaupten, daß auch in diesem Falle die reichsgerichtliche Jurisdiction ex L. un. C. quando imperator etc. in erster Instanz gegründet sey. Andere [92]) unterscheiden, ob von einem Lande die Rede sey, dessen Landesherr ein uneingeschränktes Appellations-Privilegium hat, oder von einem solchen, dessen Landesherr damit nicht versehen ist. Nur in dem letztern Falle soll die Anbringung der Klage bey den Reichsgerichten Statt finden können, nicht aber in dem erstern, weil in einem solchen Lande der Landesherr der höchste Richter sey. Unstreitig

90) S. *de* LUDOLF Comment. de iure camerali Lib. I. § 2. nr 25. p. 31. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I, Obs. 269. et 286. Ebendesselben Nebenstunden Th. II. Abhandl. 2. und Th. LVII. Abh. 1. Moser von der teutschen Justizverfassung Th. I. S. 1019. Hanzeley Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis §. 362. TAFINGER Institut. iurisprud. cameral. §. 464. P. C. FRECH Diss. an iurisdictio Camerae imper. ex L. un. C. quando Imp. inter pupillos etc. sit fundata. *Giessae 1758.* PÜTTER nova Epitome processus imperii §. 122. und besonders Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Canzleyverfassung und Praxis. 4. Th §. 132. S. 588. ff.

91) HERTIUS de superioritate territoriali §. 30. (in *Opuscul.* Tom. II. pag. 263.) und LEYSER Specim. LXXVIII. med. 1.

92) PÜTTER nova epitome proceff. imperii §. 122. IDEM in Institut. iur. publ §. 298. nr. III. und HOFACKR Princip. iur. civ. T. III. §. 4245.

tig verdient jedoch die Meinung derjenigen [93]) den Vorzug, welche behaupten, daß wegen der großen Verschiedenheit der teutschen Staatsverfassung von der römischen, und wegen des allen Reichsständen in Ansehung ihrer Territorialgerichtsbarkeit feyerlichst zugesicherten Evocationsrechts, wovon in Ansehung miserabler Personen nirgends eine Ausnahme gemacht ist, die Klagen der letztern gegen mittelbare Unterthanen überall nicht in erster Instanz an die Reichsgerichte, sondern nur an die höchsten Landesgerichte gebracht werden können.

Uebrigens fällt das Privilegium der mitleidswürdigen Personen weg,

1) wenn beyde streitende Theile personae miserabiles sind, weil hier kein Theil etwas von seinem Gegner zu befürch-

93) *de* LUDOLF Comment. de iure cam. pag. 31. TAFINGER Institut. iurisprud. cameral §. 464. MEVIUS Part. II. Decis. 110. *Gottl ab* UNGLEICH Diss. de iurisdictione summorum imperii tribunalium ex L. un. C. quando Imp. inter pupillos, haud fundata. *Moguntiae 1769.* (in HARTLEBEN *Thesaur. Dissertation. iurid. Moguntin.* Tom. II. P. I. Nr VI.) Carl Georg von Zangen Erörterung der Frage: ob die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in denjenigen Sachen, welche miserable Personen angehen, besonders über Mittelbare in der erstern Instanz gegründet sey? Wetzlar 1778. und in Dessel-ben Sammlung practischer Rechtserörterungen. Abh. 1. Malblank in der angef. Anleitung Kap. VIII. §. 137. S. 615. f. Häberlins Handb. des teutschen Staatsrechts 2. B. §. 298. S. 464. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 37. S. 105. und Grollmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 45. S. 53.

ürchten hat [94]). Der Grund: *privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur iure suo*, ist eben so unrichtig, als ungegründet die Ausnahme, welche einige Rechtsgelehrte [95]) machen, nämlich, wenn die eine Person mehr privilegirt ist, als die andere. Denn der Kaiser giebt den Waisen keinen Vorzug vor den Wittwen [96]).

2) Wenn auf dieses Privilegium ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht geleistet worden ist, welches letztere dadurch geschiehet, wenn eine miserable Person ihre Klage bey dem ordentlichen Richter angestellt, oder sich vor ihm eingelassen hat [97]). Sollte jedoch dieselbe bey diesem Richter das ihr gebührende Recht nicht erhalten, so bleibt ihr der Weg an den Landesherrn noch immer offen, weil die Entsagung, welche ohnehin streng zu erklären ist, auf diesen Fall nicht erstreckt werden kann [98]).

3) Wenn die Parthey erst nach erfolgter Einlassung auf die Klage in den Zustand einer mitleidswürdigen Person

94) VOET h. t. §. 121. SCHOLTEN cit. Diss. Cap. II. §. 5. Erdmers Nebenstunden Th. XXVII. Abh. 10. §. 4. von Zangen a. a. O. S. 19. Malblank a. a. O. §. 132. S. 593. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. § 4245. nr III. Dang a. a. O. S. 104.

95) SCHWEDER cit. Diss. §. 66. KERSTEN cit. Diss. §. 19.

96) WIESE cit. Diss. §. 13. p. 24.

97) VOET h. t §. 123. *Casp* SCHIFORDEGHER ad *Anton.* FABRUM Lib. II. Tract. XXIV. SCHOLTEN cit. Diss. Cap. II. § 4. SCHWEDER cit Diss. §. 73—75. LEYSER Medit. ad Pand. Spec. LXXVIII. med. 10.

98) SCHWEDER cit. Diss. §. 71. und LEYSER cit. Specim. med. 5. et 6.

son gerathen ist [99]). Doch nehme ich auch hier den Fall aus, da sich die Umstände dergestalt ändern, daß die erst während des Processes unglücklich gewordne Person die unpartheyische und wirksame Rechtspflege des ordentlichen Richters zu bezweifeln gegründete Ursache hat.

4) Wenn Jemand sich selbst durch ein Delict oder durch Betrug in den Zustand einer mitleidswürdigen Person versetzt hat [100]). Einige wollen zwar dieses nur auf den Fall einschränken, wenn es in fraudem legis geschehen ist, um sich dadurch dieses Privilegium zu Nutze machen zu können [1]). Allein man kann auch ohne diese Rücksicht mit Grund behaupten, daß derjenige des Mitleids nicht würdig sey, der sich durch gesetzwidriges Betragen selbst unglücklich gemacht hat, ohne es fortunae iniuria, wie doch das Gesetz selbst erfordert, geworden zu seyn.

5) Wenn die Sache eine Bagatellsache [2]), (S. 158.) oder eine solche ist, die zu den durchaus befreyeten gehört, z. B. eine Lehnssache, oder welche ihr ausschließend zuständiges besonderes forum hat, z. B. wenn wegen einer geführten

99) *L. 7. L. 30. D. h. t.* SCHIFORDEGHER cit. Tract. Quaest. 3. p. 266. PÜTTER in libr. de praeventione et inde nata praescriptione fori §. 83. Anderer Meinung ist jedoch WIESE cit. Diss. §. 13. pag. 24.

100) SCHWEDER cit. Diss. §. 67. MÜLLER ad *Struvii* Syntag. iur. civ. Exerc. IX. Th. 59. lit. *β*. not. VI. p. 577. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4245. nr. III.

1) WIESE cit. Diss. §. 13. p. 24. *sq.*

2) VOET ad Pand. h. t. §. 124. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXVIII. med. 8.

ten Administration auf Ablegung der Rechnung geklagt wird [3]).

6) Wenn eine miserable Person aus einem Rechte klagt, welches ihr von einer persona non miserabili ist abgetreten worden [4]). Aus der Verordnung des Ks. Constantin läßt sich zwar nicht ersehen, daß der Gebrauch des Privilegiums in Ansehung cedirter Forderungen beschränkt sey. Daher läugnen es auch verschiedene Rechtsgelehrte [5]). Allein der Cessionar tritt doch in Ansehung der überlassenen Forderung an die Stelle des Cedenten, und kann sich daher nicht der Privilegien seiner eigenen Person zum Nachtheil des Schuldners bedienen [6]), wenn dieser nicht etwa in die Cession gewilliget, und den Cessionar für seinen Gläubiger anerkannt hätte [7]).

§. 523.

3) SCHWEDER cit. Diss. §. 76. et 77. MALBLANC Conspect. rei iud. §. 169. nr. 4. Grollmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 45. S. 53.

4) LEYSER Specim. cit. medit. 9. SCHWEDER cit. Diss. §. 68. HOFACKER T. III. §. 4245 III. 3.

5) WIESE cit. Diss. §. 13. p. 25 in fin.

6) *L. 2. pr. . D. de hered. vel act. vendit. L. 5. Cod. eod. L. 2. C. de fisc. usur. L. 156. §. 2. et 3. D. de Reg. iur. L. 175. §. 1. L. 177. D. eodem.* SCHOLTEN Cap. II. §. 6. pag. 59.

7) S. *Christ. Guilh.* WEHRN Disquis. iurid de cessionario privilegiato ad usum privilegiorum suorum admittendo. *Erfordiae 1786.* §. 1—3.

§. 523.

2) Gerichtsstand der Geistlichen.

Einen befreyeten Gerichtsstand haben II. die Geistlichen, welche in allen Sachen, die ihre Person betreffen, den geistlichen Gerichten unterworfen sind [8]). Ich habe von diesem Gerichtsstande schon an einem andern Orte [9]) bey Gelegenheit der Lehre von der geistlichen Gerichtsbarkeit gehandelt; daher will ich hier nur noch einige Puncte genauer erörtern. Soviel den Ursprung dieser Befreyung der Geistlichen in Ansehung des Gerichtsstandes anbetrift, so ist dieselbe, von den Zeiten der christlichen Kaiser an, stufenweis theils durch Bewilligung und Verleihungen der römischen Kaiser, theils durch Schlüße und Concilien und Verordnungen der römischen Päpste eingeführt, bestätigt und erweitert worden. Schon längst vor Justinian waren zwar die Bischöffe in Sachen, welche die Religion und Kirchendisciplin betrafen, die allein zuständigen Richter, allein noch nicht in den bürgerlichen Sachen der Geistlichen. In einer Verordnung der Kr. Arcadius und Honorius [10]) heißt es

8) Von dem Gerichtsstande der Geistlichen handeln ausführlich *Zeg. Bern. van* ESPEN in Iur. Eccles. univ. P. III. Tit. I. cap. 4—6. *Ian. a* COSTA in Comm. ad Decretal. Lib. II. Tit. I. pag. 279. *Iac.* GOTHOFREDUS Comment. ad Cod. Theodos. Tom. VI. pag. 58. sqq. et pag. 334. sq. Maier von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen. Tübingen 1781. 8. Siebenkees in den Beyträgen zum teutschen Rechte. 6. Th. Nr. V. S. 91. ff. und MALBLANC in Conspect. rei iudiciariae §. 118—121.

9) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 196.

10) *L. 1. Cod. Theod. de religione. Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. VI. pag. 334.

es ausdrücklich: Quoties de religione agitur, Episcopos convenit iudicare: caeteras vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici iuris pertinent, legibus oportet audiri. Es läßt sich zwar nicht behaupten, daß durch diese Verordnung den Bischöfen das ihnen schon durch ein Edict des Kaisers Constantin [11]) ertheil-

11) SOZOMENUS *Histor. Eccles.* Lib. I. cap. 9. erzählt vom Constantin: Iudicio contendentibus potestatem fecit, Episcoporum iudicium invocare, neglectis, *si vellent*, civilibus magistratibus: iussitque, *ut Episcoporum sententia rata esset, non secus, ac si ab ipso Imperatore fuisset prolato.* Die Verordnung des Kaisers Constantin, welche *L. 1. Cod. Theod. de episcopali iudicio* vorkommt, nach welcher man seinen Gegner, er mochte eine geistliche oder weltliche Person seyn, auch wider Willen desselben vor dem Bischof solle belangen können, auch wenn der Proceß bey dem weltlichen Richter schon anhängig gemacht worden, ist ohne Zweifel untergeschoben, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. Tom. VI. pag. 340. sqq. ganz klar erwiesen hat. Es hat sich zwar *Io.* LE GENDRE viel Mühe gegeben, in seinem Tract. de episcopali iudicio, quo veritas trium constitutionum, quae extant in Cod. Theod. Tit. *de episcopali iudicio* adversus calumnias *Iac.* GOTHOFREDI et aliorum defenditur et dilucide demonstratur; welcher in *Thes. Meermann* Tom. III. pag. 338. sqq. befindlich ist, die Aechtheit jener Constitution zu vertheidigen. Allein weit gefehlt, daß er die wichtigen Gründe des Godefroi zu entkräften vermocht hätte, wie *Henr. Mich.* HERBENSTREIT in Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex legibus utriusque Codicis illustrata. Diss. II. *Lipsiae 1776.* §. 16 gezeigt hat. Noch unbedeutender sind die Gründe des *Io* DOVIAT in Praenotion. canon. Tom. I. Lib. II. cap. II. §. 20. welche schon *Aug. Frid* SCHOTT ad *Doviatium* c. l. not. 7. pag. 238. sq. widerlegt hat. Man sehe

ertheilte Privilegium, in bürgerlichen Streitigkeiten, mit Ausschließung der weltlichen Gerichte, Recht zu sprechen, wenn sich die Partheyen aus freyer und einmüthiger Entschließung an sie gewendet hatten, wieder genommen worden sey, wie Godefroi [12]) behaupten will. Ganz das Gegentheil erhellet vielmehr aus den eigenen Verordnungen der gedachten Kaiser, welche noch in eben dem Jahr 398. von welchem die oben angeführte Verordnung datirt ist, an den praefectus praetorio Eutychian [13]) rescribiren: Si qui *ex consensu* apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur: sed experientur illius in civili duntaxat negotio, more arbitri, sponte residentis, iudicium; und das nämliche bestätigen sie nachher in einer andern Verordnung an den praefectus praetorio Theodor [14]) vom Jahr 408. noch weiter dahin: Episcopale iudicium ratum sit omnibus, *qui se audiri a sacerdotibus elegerint:* eamque illorum judicationi adhibendam esse reverentiam iubemus, quam vestris deferri necesse est potestatibus, *a quibus non licet provocare.* Per iudicum quoque officia, ne sit cassa episcopalis cognitio, definitioni executio tribuatur. Allein deswegen hatten doch die Bischöfe in den Civilsachen der Geistlichen noch keine

auch noch *Ioh.* BINGHAMI Origines sive Antiquitat. Eccles. Vol. I. Lib. II. Cap. VII. §. 3.

12) In Comment. ad L. 1. Cod. Theodos. cit. Allein man sehe HEBENSTREIT cit. loc. §. 19. und *Corn. Wilh. de* RHOER Dissertationes de effectu religionis christian. in iurisprud. Rom. Diss. III. §. 7.

13) *L. 7. Cod. Iust. de episcop. audientia.*

14) *L. 8. Cod. eodem.*

keine ordentliche Gerichtsbarkeit [15]). Sie konnten nur den Schiedsrichter machen. Ihre Ansprüche waren zwar gültig, wenn auch das Compromiß durch keine Pönalstipulation

15) Nach dem Schluß eines gewissen römischen Conciliums, welches unter dem P. Sylvester im Jahr 324. selbst mit Beystimmung des K. Constantins gehalten seyn soll, wird zwar den Geistlichen bey Strafe des Anathema verboten, einander vor dem weltlichen Richter zu verklagen. Gratian hat ihn auch *can. 33. Cauſ. XI. qu. 1.* in sein Decret aufgenommen. Allein dieser Canon ist aus dem Pseudisidorus entlehnt, und unächt, wie das ganze Concilium. S. *Io.* CABASSUTIUS in Notitia Eccleſ. Concilior. p. 123. *Car. Sebaſt.* BERARDUS in *Gratiani* canones. P. I Cap. VI. pag. 48. et 52. (edit. *Venet. 1777. 4*) und *Franc.* FLORENTIS Commentar. ad *Gratiani* Cauſ. VI. quaeſt. 1. Tom. II. *Operum iurid.* pag. 20. (edit. a LORBERO *et* STOERCHEN. *Norimbergae 1756.*) Soviel ist indessen richtig, daß auf einer gewissen Synode zu Carthago im Jahr 397. unter dem Bischof Aurelius der Schluß gemacht worden, daß kein Geistlicher, welcher sich einmal vor seinem Bischof eingelassen hätte, bey Verlust seines Amts denselben verlassen, und den Rechtsstreit an den weltlichen Richter bringen solle. Diesen Canon hat auch Dionyß in seinem Codex, und bey Gratian steht er *can. 43. Cauſ. XI. qu. 1.* Daraus folgt aber auch noch keine Exemtion der Geistlichen von der weltlichen Gerichtsbarkeit, sondern dieser Canon bestraft nur *clericorum levitatem et procacitatem*, wie sich *Chriſt.* IUSTELLUS in Observation. et Notis in Codicem canon. Eccleſiae Africanae pag. 421. (*Bibliothecae iuris canon. vet.*) ausdrückt, *qui poſt cauſam in Eccleſia tractati coeptam, ſpretis et relictis iudicibus eccleſiaſticis, ſaeculari ſe arbitrio iudicioque committunt.* Man sehe auch *Caſp.* ZIEGLER Commentar. de Episcopis Lib III. cap. 30. §. 52. BERARDUS cap. I. p. 150. und FLORENS c. I. p. 21. ſqq.

tion der Partheyen war bekräftiget worden [16]). Man mußte sich schon aus Achtung für den Bischof seinem Ausspruche unterwerfen, so gut, als ob ihn der Kaiser selbst, oder sein vornehmster Staatsdiener, der praefectus praetorio, gethan hätte, ohne daß davon weiter appelliret werden durfte [17]). Allein die Vollstreckung der Sentenz gehörte doch vor die weltliche Obrigkeit [18]). Weil jedoch die Bischöfe die ihnen verstattete audientia episcopalis zu mißbrauchen, und sich besonders in den Rechtssachen der Geistlichen ein ausschließend zuständiges Forum anzumaßen anfingen [19]), wor-

16) S. *Ian. a* COSTA Commentar. ad Decretal. Lib. II. Tit. I. pag. 286. sq. und HEBENSTREIT cit. Diss. §. 18.

17) HEBENSTREIT Hist. iurisdict. eccles. Diss. II. §. 25. et 26.

18) HEBENSTREIT cit. Diss. §. 24. Mit Recht sagt daher *Casp.* ZIEGLER in Commentar. de Episcopis Lib. III. cap. 30. §. 39. *Si dicendum quod res est, nuda tantum illis videtur notio aut cognitio causae commissa, nulla simul data iurisdictio, quippe quae sine modica coercitione consistere non potest.*

19) Zu dieser Anmaßung scheinen die Kaiser selbst durch einige unbestimmt abgefaßte Verordnungen den Bischöfen Veranlassung gegeben zu haben. So z. B. heißt es in einer gewissen Verordnung des Kaisers Honorius an den praefectus praetorio Melitius vom Jahr 412. *Clericos non nisi apud Episcopos accusari convenit.* Man sehe *L. 41. Cod. Theod. de Episcop. Eccles. et Cleric.* Wenn man nun damit eine nachher erfolgte Verordnung des Kaisers Valentinian *L. ult. Cod. Theod. eodem.* vergleicht, worin dieser Kaiser das den Geistlichen sehr nachtheilige Edict Johannes des Tyrannen mit folgenden Worten aufhebt: Clericos etiam, quos indiscretim ad saeculares iudices debere deduci, infaustus Praesumtor edixerat, episcopali audientiae reservamus: und den beygefügten Grund liefet: *Fas enim non est, ut divini muneris mini-*

worüber zwischen ihnen und den praefectis praetorio viel Streitigkeiten entstanden [20]); so veranlaßten die deshalb laut gewordene Beschwerden den Kaiser **Valentinian**, die ausschweifende Gewalt der Bischöfe durch eine besondere Verordnung an den praef. praet. **Firminus** vom J. 452. zu beschränken, aus welcher ich nur folgende Worte anführen

ministri temporalium protectum subdantur arbitrio; so konnte man es freylich den Bischöfen so sehr nicht verdenken, wenn sie sich mehr herausnahmen, als ihnen die Kaiser eigentlich gestatten wollten. Man sehe *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad Cod. Theod. Tom. VI. p. 90. et pag. 105. und *Ian. a* COSTA Commentar. in Decretales pag. 288. Man kann sich's nun also wohl erklären, wie **Anatolius**, Patriarch zu Constantinopel, auf die Gedanken gerathen konnte, den Schlüssen der **Chalcedonischen Synode** vom Jahr 451. eigenmächtig den Canon beyzufügen: daß Geistliche einander bey Strafe vor keinem weltlichen Richter, sondern vor dem Bischof belangen sollten; der Bischof aber nur die Provinzialsynode, und der Metropolitan den Primas der Diöces oder den Patriarchen zu Constantinopel für seinen Richter erkennen solle. **Dionyß**, mit dem Beynamen *Exiguus*, nahm ihn aber doch in seinen Codex canonum auf, und auch **Gratian** hat ihn in seinem **Decret** *c. 46. Caus. XI. qu. 1.* Nach der Version des **Dionyß** steht er auch *Cap. 1. X. de foro compet.* Vergleiche BERARDUS in Gratiani canones. Tom. I. Cap. XXII. pag. 236. *Lud. Elies du* PIN de antiqua ecclesiae disciplina. (*Colon Agrippin. 1691.*) Diss. II. Cap. I. §. 4. pag. 119. *Franc.* FLORENTIS Opera iurid. Tom. II. pag. 7. sqq. und *Zeg. Bern. van* ESPEN Commentar. in Canones Concilii Chalcedon. Tom. VII. *Operum* pag. 32. sqq.

20) Merkwürdig sind die Streitigkeiten des Bischofs **Cyrillus** mit dem praefectus Aegypti **Orestes**, von denen SOCRATES Histor. eccles. Lib. VII. cap. 13. erzählt.

ren will[21]): De episcopali iudicio diversorum saepe causatio est. Ne ulterius querela procedat, necesse est praesenti lege sanciri. Itaque cum *inter clericos* iurgium vertitur, et ipsis litigatoribus convenit, habeat episcopus licentiam iudicandi: *praeeunte tamen vinculo compromissi.* Quod et laicis, si consentiant, auctoritas nostra permittit. Aliter eos iudices esse non patimur, nisi voluntas iurgantium, interposita, sicut dictum est, conditione, praecedat. *Quoniam constat, episcopos et presbyteros forum legibus non habere, nec de aliis causis, secundum* ARCADII *et* HONORII *divalia constituta*, quae Theodosianum corpus ostendit, *praeter religionem, posse congnoscere.* Si ambo eiusdem officii litigatores nolint, vel

21) Sie steht in den von *Io. Dan.* RITTER herausgegebenen Novellis constitution. Imperator. Iustiniano anterior. Lib. II. Tit. 12. pag. 127. ZIEGLER in Commentar. de Episcopis. Lib. III. cap. 30. §. 63. glaubt zwar, diese Constitution habe nur im Occident gegolten. Im Orient habe man sich unter dem Kr. Theodos nach dem Kanon 9. der Chalcedonischen Synode gerichtet. Allein die Kaiser Theodos und Valentinian hatten ja bekanntlich mit einander ausgemacht, daß beyde Reiche, das Orientalische und Occidentalische, nach einerley Form und Gesetzen regiert werden sollten. In einer gewissen Novelle, wodurch K. Valentinian einige neue Verordnungen des Krs. Theodos in seinem Reiche promulgirt, sie ist nach der Gothofredischen Ausgabe unter den Novellen des Valentinians die 13te, nach der Ritterschen Ausgabe aber unter den Novellen des Theodosius die 35ste, datirt Ravenna 448. heißt es ausdrücklich: *ut sicuti uterque orbis individuis ordinationibus regitur, iisdem quoque legibus temperetur.* Man sehe auch Novell. Theodosii 2. bey Ritter pag. 8.

vel alteruter, agant publicis legibus et iure communi. Si vero petitor laicus seu in civili seu criminali causa, cuiuslibet loci clericum adversarium suum, si id magis eligat, per auctoritatem legitimam in publico iudicio respondere compellat. Quam formam etiam circa episcoporum personam observari oportere censemus. In dieser Constitution bestätiget zwar Kaiser Valentinian im Allgemeinen die Verordnungen der Kaiser Arcadius und Honorius, die oben angeführt worden sind, allein doch mit der Abänderung, daß in den bürgerlichen Rechtshändeln der Geistlichen der Bischof nur dann als Schiedsrichter zu erkennen befugt seyn solle, wenn sich die Partheyen durch eine Pönalstipulation zur Befolgung der bischöflichen Sentenz verbindlich gemacht hätten. Dies ist der Sinn der Worte: *praeeunte tamen vinculo compromissi*, wie selbige Janus a Costa [22]) sehr richtig erklärt hat. Der Grund dieser Bedingung aber war kein anderer, als der, damit die Bischöfe wissen möchten, daß ihnen in den Civilsachen der Geistlichen keine Gerichtsbarkeit zustehe, sondern daß nur das Compromiß der Partheyen sie berechtige, in solchen Sachen Recht zu sprechen [23]). Vermöge dieser Verordnung sollten aber auch die Bischöfe selbst in ihren eigenen Rechtssachen nichts zum voraus haben, sondern sich, soweit der Streit keine Religionssache beträfe, den weltlichen Gerichten unterwerfen [24]). So sehr nun bis dahin die Cognition der Bischöfe

22) Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. II. Tit. I. cap. 4. p. 286. sq.

23) Helfenstreit historia iurisdict. ecclesiast. Diss. II. §. 20.

23) Nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Constantius vom Jahr 355. *L. 12. Cod. Theod. de Episcop. et Cleric.*

in den Civilsachen der Geistlichen beschränkt war, so merklich veränderte sich die Scene unter den nachfolgenden Kaisern.

ric. war es zwar verboten, Bischöfe in weltlichen Gerichten anzuklagen: *ne, dum adsutura ipsorum beneficio impunitas aestimatur, libera sit, ad arguendos eos animis furialibus copia.* Nur die Bischöfe der Provinz sollten die Sache auf den Synoden untersuchen, und darüber urtheilen: *ut opportuna atque commoda cunctorum quaestionibus audientia commodetur.* Allein daß dadurch die Bischöfe schon von aller weltlichen Gerichtsbarkeit wären eximirt worden, läßt sich nicht beweisen, wie auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. Tom. VI. pag 43. bemerkt hat. Es scheint also dieses Gesetz nur hauptsächlich auf die damaligen Streitigkeiten zwischen der Arianischen und Anastasianischen Parthey, deren erstere Kaiser Constantius begünstigte, seine Beziehung zu haben, und daher nur auf geistliche Rechtshändel zu gehen. S. *Ios.* BINGHAMI Origines s. Antiquitat. eccles Vol. II. Lib. V. cap. II. § 6. Anderer Meinung ist zwar *Ian. a* COSTA in Comm. ad Decretales pag. 283. Allein das Gericht, welches eben dieser Kaiser Constantius über den Bischof Stephan von Antiochien im Jahr 348. wegen der von demselben begangenen schweren Verbrechen an seinem Hofe (in palatio) halten ließ, wovon THEODORETUS Lib. I. cap. 9. et 10. ausführliche Nachricht giebt, widerlegt diese Meinung. *Non enim credibile est,* sagt *Casp.* ZIEGLER in Commentar. de Episcopis Lib. III. cap. 30. §. 44. sehr richtig, CONSTANTIUM *postea suam ita mutasse sententiam, ut etiam in atrocissimis delictis, praesertimsi per quaestiones res indaganda esset, Episcopos a iudiciis suis vellet eximere.* Auch das im Jahr 381. gehaltene allgemeine Concilium zu Constantinopel verweißt ausdrücklich nur die Anklagen der Bischöfe in Ansehung der ihnen angeschuldigten kirchlichen Verbrechen an die Provinzialsynoden. S. IUSTELLI Bibliotheca iuris canon. veteris pag. 56. nr. VI. und ZIEGLER c. l. §. 50.

sern. Kr. Marcian verordnete nämlich zuerst zu Gunsten der Constantinopolitanischen Geistlichen, im Jahr 456. daß sie bey keinem andern Richter, als entweder vor dem Bischof, oder vor dem praefectus praetorio, nach der Wahl des Klägers, sollten belangt werden können[25]). Alle übrige Geistliche außerhalb Constantinopel sollten nun zwar nach einer gewissen Verordnung der Kaiser Leo und Anthemius[26]) in bürgerlichen Sachen unter den Rectoren und Gouverneurs der Provinzen stehen. Es scheint jedoch wenigstens die Clerisey in Rom der zu Constantinopel hierin nichts nachgegeben zu haben, wie Bingham[27]) aus einer Stelle des Socrates[28]) mit vieler Wahrscheinlichkeit erwiesen hat. Soweit erstreckte sich jedoch die Gerichtsbarkeit des Bischofs damals noch nicht, daß ohne Erlaubniß desselben Niemand einen Geistlichen vor einem weltlichen Richter hätte belangen dürfen. Gratian führt zwar in seinem Decret[29]) einen gewissen Canon aus einem Agathensischen Concilium[30]) an, wor-

25) *L.* 25. *Cod. de Episcop. et Cleric. L.* 13. *Cod. de Episcop. audient.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 110.

26) *L.* 33. *Cod. Iust. de episcop. et cleric.*

27) Origines seu Antiquitat. eccles. Vol. II. Lib. V. cap. II. §. 12. pag. 224.

28) *Hist. Eccles.* Lib. IV. cap. 29.

29) *Can. 17. Cauf. XI. Qu. 1.* Clericum nullus praesumat apud secularem iudicem, episcopo non permittente, pulsare: sed si pulsatus fuerit, non respondeat, vel proponat: nec audeat criminale negotium in seculari iudicio proponere.

30) Es ist dies eben dasjenige Concilium, welches im Jahr 506. mit Erlaubniß des westgothischen Königs Alarich, unter dessen

aus das Gegentheil zu erhellen scheint. Allein es ist diesem Canon, so wie vielen andern in Gratians Decret ergangen, daß ihm ein ganz falscher Sinn untergeschoben worden ist. So wie der Canon in den ächten Sammlungen der Concilien bey Sirmond [31]) und Labbäus [32]) lautet, soll nur kein Geistlicher Jemanden vor dem weltlichen Richter ohne Erlaubniß des Bischofs belangen, weil es sich mit dem Beruf und Stand der Geistlichen nicht wohl verträgt, Proceße vor weltlichen Gerichten zu erregen. Allein wird ein Geistlicher vor dem weltlichen Richter belangt, so soll er ohne Verzug sich stellen, und daselbst Recht zu geben schuldig seyn [33]). Eben dieses hat auch nachher das Concilium

dessen Bothmäßigkeit damalen ein Theil von Gallien stand, zu Agde in der Provinz Languedoc gehalten wurde. S. *Natal.* ALEXANDRI Historia eccles. Tom. X. Saec. VI. Cap. V. Art. I. pag. 102. (edit. *Bingens. 1787. 4.*) und Christ. Wilh. Franz Walchs Entwurf einer vollständigen Historie der Kirchenversammlungen. 3. B. 1. Hauptst. 1. Abschn. §. 6. S. 349.

31) *Concil. Galliae.* Tom. I. pag. 161.

32) *Concilior. general.* Tom. IV. pag. 1388.

33) Die Worte lauten so. *Clericus ne quemquam praesumat apud saecularem iudicem Episcopo non permittente pulsare; sed si pulsatus fuerit, respondeat, non proponat,* (d. i. er soll keine Wiederklage anstellen) *nec audeat criminale negotium in iudicio saeculari proponere.* Die Verfälschung dieses Canons den Gratian haben auch schon *Natal.* ALEXANDER in Histor. Eccles. c. I. pag. 104. *Zeg. Bern. van* ESPEN in Iure Eccles. univ. P. III. Tit. I. cap. V. §. 7. et 8. (*Oper.* Tom. IV. p. 10. *edit. Venet. 1781.* fol.) *Franc.* FLORENS in Commentar. ad Caus. XI. quaest. 1. Tom. II. *Oper. iuridic.* pag. 12. und *Car.*

Seb

lium zu Epaon vom Jahr 517. nochmals bestätiget [34]). Soviel erhellet indessen aus der Vergleichung der Concilien, die vor Justinian sowohl im Orient als Occident gehalten worden sind, daß es die heiligen Väter schon immer für Pflicht hielten, daß die Geistlichen, wenigstens in Streitigkeiten unter sich, auch ohne ein besonderes Compromiß, nur vor ihrem Bischof Recht nehmen sollten [35]); oder, wenn sie auch mit Layen in einen Rechtstreit geriethen, so sollten sie wenigstens nicht ohne Vorwissen und Erlaubniß des Bischofs vor die weltlichen Gerichte gehen. Denn konnten auch die Bischöffe den Geistlichen ihre Einwilligung nicht versagen, wenn sie lieber vor dem weltlichen Richter streiten wollten, so lag ihnen doch wenigstens immer viel daran, zu wissen, was der Gegenstand des Streites war, damit nicht etwa eine geistliche oder Religionssache an den weltlichen Richter gebracht werden möchte [36]).

Eine

Seb. BERARDUS in Gratiani canones. P. I. Cap. XXIII. p. 249. gerügt.

34) *Can. 11.* welcher in *Phil.* LABBAEI Concil. Tom. IV. p. 1577. so lautet: *Clerici sine ordinatione Episcopi sui adire vel interpellare publicum non praesumant; sed si pulsati fuerint, sequi ad saeculare iudicium non mórentur.*

35) BINGHAM in Originib. eccles. Vol. II. Lib. V. cap. 1. §. 4. pag. 207. sq. hat dies aus mehreren Concilien sehr gut erwiesen. Man sehe auch *van* ESPEN Ius Eccles. univ. P. III. Tit. I. cap. IV. §. 4—11. FLORENTIS Commentar. cit. Tom. II. *Oper.* pag. 10. sq. und *Lud.* THOMASSINUS de veteri et nova Ecclesiae disciplina P. I. Lib. II. cap. 42. §. 15. oder nach der neuesten Mainzer Ausgabe von 1787. P. II. Lib. III. cap. 102. p. 706.

36) *Casp.* ZIEGLER Commentar. de Episcopis Lib. III. cap. 30. §. 64. 65. et 66.

Eine Hauptepoche macht die Regierung des Kaisers Justinian. Durch seine Verordnungen wurden die Bischöfe endlich die ordentlichen Richter der Geistlichkeit auch in den bürgerlichen Rechtssachen derselben [37]). Zuerst wollte er zwar nur, daß es von der Wahl des Klägers abhängen sollte, ob er seine Klage wider den Geistlichen bey dem Bischof oder bey dem weltlichen Richter anstellen wolle. Nur wenn der Streit eine Kirchensache betrift, sollte der Bischof der allein zuständige Richter seyn [38]). Allein in seinen Novellen [39]) gab er endlich, auf Bitten des Patriarchen Menna zu Constantinopel, dem ganzen Orden der Geistlichen das Privilegium, welches er vorher [40]) blos den Mönchen und Nonnen ertheilt hatte, daß sie ohne Unterschied der Sachen, sie seyen kirchliche oder bürgerliche, bey ihrem Bischof belangt werden sollten. Gegen das Urteil des Bischofs sollte jedoch in Civilsachen die Appellation an den ordentlichen Richter des Orts derjenigen Parthey freystehen, welche dadurch gravirt zu seyn glaubte. Würde nun bey genauerer Prüfung die Sentenz des Bischofs den Rech-

37) THOMASSINUS de veteri et nova Ecclesiae disciplina. P. II. Lib. II. cap. 58. et 59. oder Part. II. Lib. III. cap. 103. et 104. nach der neuesten Mainzer Ausgabe. *Ian. a* COSTA Commentar. ad Decretal. pag. 290. sqq. *van* ESPEN Ius Eccl. univ. P. III. Tit. I. cap. 4. §. 13—19. *Franc.* FLORENS in Commentar. ad Caus. XI. Quaest. 1. Gratiani, *Operum iuridic.* Tom. II. pag. 40. sqq. und VOET Comment. ad Pandect. h. t. § 110.

38) *L.* 29. *Cod. de Episcop. audient.*

39) *Nov.* 83. *et Nov.* 123. *cap.* 8. 21. 22. *et* 23.

40) *Nov.* 79.

Rechten und Umständen der Sache gemäß befunden, so sollte die Sentenz, ohne weitere Appellation, vollstreckt werden; dahingegen, im Falle eines erfolgten reformatorischen Erkenntnisses, eine zweyte und letzte Appellation an den nächsten weltlichen Oberrichter Statt finden solle[41]). Justinian wollte also durch dieses Privilegium die Geistlichen noch nicht von aller weltlichen Gerichtsbarkeit eximiren, wie daraus erhellet, weil der Kaiser auch alsdann dem Kläger an den weltlichen Richter zu gehen erlaubte, wenn der Bischof entweder die Sache nicht vornehmen könnte, weil die Untersuchung und Entscheidung derselben mit vielen Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten verknüpft ist; oder aber die Sache

41) *Nov.* 123. *cap.* 21. Si quis (nach Hombergk) contra clericum quendam, aut monachum, aut diaconissam, aut monacham, aut ascetriam quandam actionem habeat, prius sanctissimum Episcopum, cui quilibet eorum subiectus est, adeat, hic autem causam inter illos diiudicet. Ac siquidem utraque pars iudicatis acquiescat, jubemus, ut haec per iudicem illius loci plenae executioni tradantur. Si quis autem ex litigantibus intra decem dies sententiae contradicat, tum loci magistratus causam cognoscat. Et si sententiam recte latam reperiat, decreto suo eam confirmet, et sententiam exequatur; neque victo liceat iterum in causa illa appellare. Verum si sententia magistratus contrarietur illis, quae a Dei amantissimo Episcopo iudicata sunt: tunc appellatio contra sententiam magistratus locum habeat, eaque secundum legum ordinem deferatur et peragatur. Verfälscht sieht diese Stelle aus Gregors Briefen in Gratians Decret *Can.* 38 *Caus. XI. Qu.* 1. wie auch *Iust. Henn.* BOEHMER in Edit. Corp. iur. canon. ad h. can. bemerkt hat. Man sehe auch FLORENTIS Commentar. ad Caus. XI. quaest. 1. Tom. II. *Operum iuridic.* pag. 41. sq.

Sache zur Ungebühr verzögerte [42]). Denn die Sachen der Geistlichen sollen so geschwind, als möglich, ohne alle Förmlichkeiten des Processes abgethan werden. In den Criminalsachen der Geistlichen soll zwar dem Bischof die Untersuchung zustehen, wenn die Anklage bey ihm angebracht worden, und findet er den angeklagten Geistlichen schuldig, so soll er ihn absetzen und degradiren, und dann an den weltlichen Richter zur Verurtheilung in die peinliche Strafe abliefern. Hätte sich aber der Ankläger gleich an den weltlichen Richter gewendet, welches ihm in Criminalsachen freysteht, und der praefectus praetorio, oder der Präses der Provinz, denn nach der Analogie der vorhergehenden Gesetze können nur diese als die zuständigen weltlichen Richter angesehen werden, wie auch Janus a Costa [43]) bemerkt hat, findet den Angeklagten schuldig, so muß er doch erst von dem Bischof abgesetzt und degradirt werden, ehe

42) *Nov. 83. Praef.* §. 1. Si vel propter causae naturam vel difficultatem forte aliquam Deo amiciſſimus Epiſcopus negotium decidere non potuerit, tunc liceat civiles etiam magiſtratus adire, omnibusque privilegiis ſervatis, quae religioſiſſimis clericis ſacrae conſtitutiones praebent, et litigare et finem liti imponere, et a negotiis illis liberari. Clariſſimi vero iudices ſecundum leges noſtras cum omni alacritate et celeritate lites decidere feſtinent, ne illi per eiusmodi cauſas a ſacris actionibus avocentur, et cum Deo ſupplicare, quaeque ſacerdotes decent, agere oporteat, in iudiciis et turbis, quae ibi ſunt, ac perturbatione, quae in litigantium animis exiſtit, detineantur. — *Nov.* 123. *cap.* 21. §. 2. Si quis in pecuniaria cauſa contra aliquem ex dictis perſonis actionem quandam habeat. et Epiſcopus inter eos iudicare differat, liceat actori civilem magiſtratum adire.

43) Commentar. ad Decretal. Lib. II. Tit. I. pag. 293.

ehe ihn der weltliche Richter verurtheilen kann[44]). In Ansehung des Gerichtsstandes der Bischöfe selbst verordnete Justinian noch insonderheit, daß kein Bischof weder in einer Civil- noch Criminalsache wider seinen Willen vor einem weltlichen Richter ohne Erlaubniß des Kaisers solle belangt werden dürfen; sondern in Sachen der Bischöfe, sie seyen geistliche oder weltliche, soll in erster Instanz der Metropolitan, in der zweyten der Patriarch der Diöces sprechen. Wird hingegen ein Metropolitan verklagt, so soll die Sache vor den Patriarchen gehören[45]). Heraklius, welcher

44) *Nov. 123. cap. 21.* §. 1. Si crimen sit, cuius nomine quis ex dictis religiosissimis personis defertur, siquidem apud Episcopum accusetur, et ipsi veritatem invenire possit, eum honore seu gradu secundum regulas ecclesiasticas deiiciat, et tunc iudex competens eum comprehendat, ac secundum leges causam examinet, eique finem imponat. Si accusator prius civilem iudicem adeat, et crimen per legitimum examen probari possit, tunc Episcopo loci acta manifestet: et si ex illis proposita eum crimina commisisse cognoscatur, tunc ipse Episcopus secundum canones honore seu gradu, quem habet, eum privet, iudex autem poenam legibus congruentem illi inferat.

45) *Nov. 123. cap. 8.* Sed nec ob pecuniariam vel criminalem quandam causam Episcopum invitum ad civilem vel militarem magistratum perducere aut sisti, sine imperiali iussione permittimus. *Cap. 22.* Si quidam ex sanctissimis Episcopis eiusdem Synodi controversiam inter se habeant, sive de iure ecclesiastico, sive de aliis quibusdam rebus, Metropolitanus eorum cum duobus aliis Synodi suae Episcopis causam decidat. Et si utraque pars, quae iudicata sunt, rata non habuerit, tum beatissimus illius dioeceseos Patriarcha inter illos cognoscat, eaque definiat, quae cum ecclesiasticis canonibus et legibus conveniunt, et neutra pars sententiae contradicat. Si a clerico vel alio

welcher im Jahr Christi 610. den orientalischen Kaiserthron bestieg, erweiterte zwar das Privilegium der Geistlichkeit soweit, daß in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten derselben der Bischof nicht bloß in erster Instanz sprechen, und auch das Urteil selbst vollstrecken sollte: sondern es sollte auch in der andern Instanz, wenn gegen das Erkenntniß des Bischofs die Appellation wäre eingewendet worden, die Sache vor den höhern geistlichen Richter, nämlich vor den Metropolitan, oder wenn dieser etwa in der ersten Instanz gesprochen hätte, vor den Patriarchen gehören. Jedoch wurde den Partheyen die Freyheit vorbehalten, sich, wenn sie lieber wollten, auch an den Praefectus praetorio zu wenden [46]). Mit welcher Achtung aber die Griechen insonderheit den Bischöfen selbst begegneten, lehrt uns **Photius** in seinem Nomocanon [47]). Kein weltlicher Richter durfte sich über sie weder in Civil- noch Criminalsachen eine Gerichtsbarkeit anmaßen, wenn ihn nicht ein besonderer kaiserlicher Befehl dazu berechtigte. Nur die Synode konnte über den Bischof

alio quocunque interpellatio propter quamcunque causam contra Episcopum fiat, sanctissimus eorum Metropolitanus secundum sacros canones et leges nostras causam diiudicet: et si quis iudicatis contradicat, ad beatissimum Patriarcham illius dioeceseos res deferatur, atque ille secundum canones et leges eam decidat.

46) Man findet diese Constitution vollständig bey *Io.* LEUNCLAVIUS in Iure Graec. Rom. Tom I pag. 73. sqq. und in *Guil.* VOELLI et *Henr.* IUSTELLI Bibliotheca iuris canonici veteris. (*Lutet. Parisior. 1661.* f.) Tom. II. pag. 1361. sqq. Umständlich erläutert dieselbe *Ian. a* COSTA in Commentar. ad Decretal. pag. 295. sqq.

47) *Tit. IX. c. 1. in Biblioth. iur. can. vet.* Tom. II. p. 963.

Bischof richten. Allein wie wenig man schon gegen das Ende des zwölften Jahrhunderts im Orient auf dieses Privilegium geachtet habe, ja wie wenig selbst der Geistlichkeit an dessen Erhaltung gelegen gewesen, erhellet aus den Klagen des Balsamon [48]). Desto mehr aber war man im Occident auf die Erhaltung und Erweiterung dieses Privilegiums bedacht, wie Ludwig Thomassin [49]) aus den Constitutionen der Regenten, Acten der Concilien, Verordnungen der Päpste, und andern Zeugnissen glaubwürdiger Schriftsteller mit einer bewundernswürdigen Gelehrsamkeit documentiret hat. In Italien richtete man sich Anfangs nach den Gesetzen Justinians. Jedoch zog auch der Bischof Realsachen der Geistlichen vor sein Tribunal, insofern der Streit unter den Geistlichen selbst entstand, wie aus den Briefen des Bischofs Gregor des Großen [50]) erhellet. Nur wenn der Streit von Layen erregt wurde, überließ man die Entscheidung dem weltlichen Richter [51]). Allein in

48) Comment ad can. 15. Concil. Carthag. I. Man sehe THOMASSINUS de vet. et nova Ecclesiae disciplina. P. III. Lib. II. cap. 66. §. 9. (oder P. II. Lib. III. cap. 109. §. 9. pag. 759. nach der neuesten Mainzer Ausgabe.)

49) Vetus et nova Eccles. disciplina P. II. Lib. III. cap. 104—114. nach der Mainzer Ausgabe, in welcher alle die zu dieser Materie gehörigen Kapitel, welche in der Originalausgabe an verschiedenen Orten stehen, zusammengestellt sind.

50) Lib. VI. Epist. 36. et VII. 15.

51) THOMASSINUS Part. II. Lib. III. cap. 104. §. 17. Noch mehrere Beweise aus Cassiodors Briefen findet man in Nat. ALEXANDRI histor. ecclesiast. Tom. X. cap. VI. Art. VII. pag. 196.

in Gallien arbeiteten schon gegen das Ende des sechsten Jahrhunderts die Bischöfe stark an einer unbedingten Befreyung der Geistlichen von der weltlichen Gerichtsbarkeit. Der damalige äußerst verworrene Zustand des fränkischen Reichs, und die vielen innerlichen Kriege, die zwischen den Beherrschern desselben geführt wurden, und die die Bischöfe zu ihrem Vortheil zu unterhalten suchten, gaben denselben die beste Gelegenheit, ihre Absicht zu erreichen [52]). Sie selbst hatten sich daher in persönlichen Civil- und Criminalsachen fast gänzlich von der weltlichen Gerichtsbarkeit losgemacht [53]). Auch in Fällen, wo sie

52) Man sehe vorzüglich ZIEGLER Commentar. de Episcopis. Lib. III. cap. 30. §. 81. et 82.

53) Merkwürdig ist can. 9. des zu Macon im Jahr 585. unter dem König Guntchramnus gehaltenen Concilium's, welcher folgendermaßen lautet: *Licet reverendissimi canones atque sacratissimae leges de episcopali audientia in ipso pene Christianitatis principio sententiam protulerint; tamen quoniam, eadem postposita, humana in Sacerdotes Dei grassatur temeritas, ita ut eos de atriis venerabilium Ecclesiarum violenter abstractos, ergastulis publicis addicant, censemus, ut Episcopum nullus saecularium fascibus praeditus iure suo contumaciter et perperam agens, de sancta Ecclesia, cui praeest, trahere audeat. Sed si quid contentionis adversus Episcopum potentior persona habuerit, pergat ad metropolitanum Episcopum, et ei causas alleget, et ipsius sit potestatis honorabiliter Episcopum, de quo agitur, evocare, ut in eius praesentia accusatori respondeat, et oppositas sibi actiones extricet. Quodsi talis fuerit immanitas causae, ut eam solus Metropolitanus definire non valeat, advocet secum unum vel duos Coëpiscopos. Quodsi et ipsis dubietas fuerit, Concilabulum definito die vel tempore instituant, in quo universa rite collecta fraternitas Coëpiscopi sui causas discutiat, et pro meritis aut*

sie der beleidigten Majestät, oder der öffentlichen Friedensstöhrung wegen angeklagt wurden, getraueten sich die Könige nicht, ein Urteil über sie zu fällen, sondern überließen dieses den Versammlungen der Bischöfe selbst [54]). Nur dann erst, wenn das Concilium den Schuldigen abgesetzt hatte, pflegten sie zuweilen die Verweisung aus dem Lande zu erkennen [55]). In Sachen hingegen, welche ihre eigenen oder der Kirchen Güter betrafen, standen sie unter dem König, und mußten, wenn sie belangt wurden, vor dem königlichen Hofgerichte erscheinen [56]). Allein wegen der übrigen Geistlichkeit wurde auf verschiedenen zu Orleans, Auxerre, Macon und Paris [57]) gehaltenen Conci-

 lien

aut inficiet, aut culpet. Hoc decretum a nobis praefixum qui fuerit audacter transgressus, tam ipse, quam omnes, qui ei consenserint, usque ad generale Concilium anathemate de Ecclesia separentur. S. SIRMOND Concilia Galliae. Tom. I. pag. 381. sq. Auch schon in ältern Gallikanischen Concilien, nämlich dem zu Arles vom Jahr 444. und dem zu Orleans vom Jahr 538. war den Geistlichen befohlen, daß wenn sie gegen ihre Bischöfe Beschwerden hätten, sie ihre Klage bey dem Provinzialconcilium anbringen sollten. S. *de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii Lib. VI. cap. 14. §. 5.

54) S. Mich. Ignaz Schmidts Geschichte der Deutschen. I. Th. 2. B. 4. Kap. S. 252. (nach der Ulmer Ausgabe 1778.)

55) Ein Beyspiel findet man bey GREGORIUS TURONENS. Lib. V. cap. 19.

56) MARCULF *Formul* Lib. I. form. 26. Muratori Geschichte von Italien S. 633.

57) THOMASSINUS führt diese Concilien P. II. Lib. III. cap. 105. §. 2—5. nach der Mainzer Ausgabe (P. II. Lib. II. cap.

lien das Gesetz gemacht: daß kein weltlicher Richter bey Strafe der Excommunication sich unterstehen solle, einen Priester, Diakon, oder auch einen andern geringern Geistlichen ohne Vorwissen und Erlaubniß seines Bischofs vor sein Gericht zu fordern, und ein Urteil über ihn zu sprechen[58]). So wenig jedoch König Chlotar II. mit einer so unbedingten, und in Gallien damals noch unerhörten Befreyung der Geistlichen von der weltlichen Gerichtsbarkeit zufrieden war, und daher auch jenen Concilienschluß in seinem Edict vom Jahr 615. auf verschiedene Art, besonders in Rücksicht der Criminalsachen, modificirte[59]); so wurde derselbe dennoch in der Folge auf den

cap. 60. der Originalausg.) alle wörtlich an. Man sehe auch *Nat.* ALEXANDRI Histor. Ecclesiast. Tom X. Cap. VI. Art. VII. pag. 195. sq. und besonders *Franc.* FLORENTIS Commentar. ad Caus. XI. quaest. 1. Tom. II. *Operum iuridic.* pag. 12. sqq.

58) In Gratians Decret steht dieser Canon ohne Anführung der Quellen blos mit dem Wort *Palea* bezeichnet. *c. 2. Caus. XI. qu. 1.* Man sehe BERARDUS in Gratiani canones P. I. cap. 31. pag. 284.

59) *Cap. 4. Ut nullus iudicum de quolibet ordine Clericos de civilibus causis, praeter criminalia negotia, per se distringere aut damnare praesumat, nisi convincitur manifestus: excepto presbytero aut diacono. Qui vero convicti fuerint de crimine capitali, iuxta canones distringantur, et cum Pontificibus examinentur.* HEINECCII Corpus iur. german. pag. 481. Ueber den Sinn dieses dunkeln Edicts vergleiche man THOMASSINUS de vet. et nov. Eccles. disciplina P. II. Lib. III. cap. 105. §. 4. et 5. pag. 728. sq. *edit. Mogunt. Pet. de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii Lib. VI. cap. 22. §. 7 pag. 909. und *Franc.* FLO-

dem Concilium zu Rheims im J. 625. oder nach andern 630. wieder hergestellt [60]). Insonderheit aber begünstigte Kaiser **Carl** der Große die bischöfliche Gerichtsbarkeit eben so sehr, als er das Ansehen der Bischöfe vermehrte [61]). Er nahm daher nicht nur das oben erwähnte untergeschobene Gesetz des Kaisers **Constantin** [62]). in seine Kapitularien auf [63]), sondern er erneuerte auch die Verordnungen der

 gedach-

FLORENTIS Commentar. ad Cauſ. XI. quaeſt. 1. *Gratiani.* Tom. I. *Oper. iuridic.* pag. 14. ſq.

60) FLODOARD Hiſtor. Eccleſ. Rhem. Lib. II. c. 3. *Nat.* ALEXANDRI Hiſtor. Eccleſ. Tom. X. pag. 349. (edit. *Bingens. 1787.*) und ZIEGLER Comment. de Epiſcopis Lib. III. cap. 30. §. 88.

61) ZIEGLER c. l. §. 91. et 92.

62) S. oben Not. 11. zu dieſem Paragraph.

63) *Capitular.* Lib VI. cap. 366. in HEINECCII Corp iur. German pag. 1585. Schmidts Geſchichte der Deutſchen. 1. Th. S. 577. f. An einem andern Orte der Kapitularien Lib. V. cap. 387. ſcheint es zwar den Layen verboten zu ſeyn, ſich in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten mit Uebergehung des weltlichen Richters an den Biſchof zu wenden. *In civitatibus*, heißt es daſelbſt, *in quibus Praeſides praeſunt, ipſi audiant cauſas ſeu et defenſores. Qui autem Epiſcopum, vel ſacerdotes aut Clericos iudicare ſibi maluerint, hoc quoque fieri* NON *permittimus:* apud HEINECCIUM pag. 1509. Allein ſchon das Wörtchen quoque zeigt an, daß die Leſeart fehlerhaft ſey, und daß ſtatt *non* vielmehr nos geleſen werden müſſe, wie auch THOMASSINUS P. II. Lib. III. cap. 107. §. 4. pag. 741. *edit. Moguntin.* ganz richtig bemerkt hat. Jenes Cap. 366. Carls des Großen hat auch Gratian in ſeinem Decret *can. 37. Cauſ. XI, qu. 1.* und Pabſt Innocenz III. wußte es beſonders zu benutzen, um ſein ungerechtes Verfahren gegen den König Philipp Auguſt von Frankreich *cap. 13. X. de iudi-*

gedachten Gallikanischen Concilien [64]). Nach den Kapitularien dieses Kaisers soll die Streitigkeiten der Geistlichen unter sich blos der Bischof entscheiden [65]). Auch in Criminalsachen derselben soll der Bischof richten [66]). Kein anderer Richter soll sich bey Strafe des Kirchenbannes unterstehen, einen Geistlichen ohne Wissen seines Bischofs vor sein Forum zu fordern, und ein Urteil über ihn zu sprechen [67]). Wenn hingegen ein Geistlicher und Weltlicher in einen Rechtsstreit mit einander befangen wären, so sollen der Bischof und der weltliche Richter (comes) denselben gemeinschaftlich entscheiden [68]). Soviel die Streitigkeiten der Bischöfe unter

iudiciis damit zu beschönigen. S. *Casp.* ZIEGLER Praelect in Decretales pag. 59. sqq. und Ebenderselbe de Episcopis c. I. §. 93. Demohngeachtet haben die Aechtheit desselben aus nicht unerheblichen Gründen bestritten *Ant.* AUGUSTINUS de emendatione Gratiani Lib II. Dialog. 11. und besonders *Car. Seb.* BERARDUS in Gratiani canones P. I. Cap. XLVI. pag. 360. sq.

64) *Capitulare* de A. 769. c. 17. apud HEINECCIUM pag. 540. et *Capitular.* Lib. VI. cap. 156. et 164. apud HEINECCIUM pag. 1540. et 1542. Man sehe auch THOMASSINUS P. II. Lib. III. cap. 108. §. 1. pag. 747. *edit. Mogunt.*

65) *Capitular Aquisgran.* sive *Capit. I.* anni DCCLXXXIX. c. 27. apud HEINNECCIUM pag. 558. et Lib. I. *Capitular.* cap. 28. ap. LUNDEM pag. 1293. Schmidt a. a. O. S. 602. u. 603.

66) *Capitular.* Lib. V. cap. 77. apud HEINECC. pag. 1424. et cap. 378. *Ib.* pag. 1506. et cap. 390. *Ib.* pag. 1509.

67) *Capitular.* Lib. VII. c. 139. pag. 1640. et cap. 422. p. 1717. et *Addit. IV.* cap. 85. pag. 1818.

68) *Capitular. Francof.* anni DCCXCIV. cap. 28. apud HEINECC. pag. 593. THOMASSINUS P. II. Lib. III. cap. 108. §. 8. p. 750. *edit.*

ter sich anbetrift, so sollen dieselben auf dem Provinzial-Concilium abgethan werden [69]). Dieses soll auch das competente Forum des Bischofs seyn, wenn er delinquirt. Es wird jedoch zur Verurtheilung eines Bischofs eine Versammlung von nicht weniger als zwölf Bischöfen erfordert [70]). Endlich wenn ein Bischof seinen eigenen Metropolitan oder einen andern belangen wollte, so sollte die Klage bey dem Papst zu Rom angebracht werden können [71]). An diesen sollte auch dem Bischof die Appellation freystehen, wenn er durch das Urtheil des Conciliums glaubte beschwert zu seyn [72]). Wie wenig es jedoch des Kaisers Absicht gewesen sey, sich deswegen aller Gerichtsbarkeit über die Bischöfe und übrige Geistlichkeit zu begeben, erhellet nicht nur daraus, weil er sich dieselbe in den Streitigkeiten der Bischöfe und Aebte

edit. Mogunt. und *Pet. de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii Lib. VI. cap. 14. §. 6.

69) *Capitular.* Lib. VI. cap 309. apud HEIN. p. 1574.

70) Ibid. cap. 397. THOMASSINUS c. l. cap. 109. §. 2. p. 754. *edit. Mogunt.*

71) *Capitular.* Lib. VII. c. 448. apud HEINECC pag. 1729.

72) *Capitular.* Lib. VII c. 412. pag. 1716. Hiermit steht zwar Capitular. Addit. IV. cap. 24. pag. 1703. im Widerspruch, nach welchem kein Bischof anders, als auf einer unter päbstlicher Auctorität berufenen Synode soll verurtheilt werden können. Allein dieser Text ist aus den untergeschobenen Kapiteln des Hadrians oder Angilramnus entlehnt; man sehe Spittlers Entdeckung des wahren Verfassers der Angilramnischen Kapitel, in Meusels Geschichtforscher 4. Th. S. 92. und galt nicht in der gallikanischen Praxis, wie *Petr. de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii Lib. II. cap. 20. §. 9—11. überzeugend dargethan hat.

unter sich ausdrücklich vorbehielt[73]); sondern auch auf dem Generalconcilium zu Frankfurt im J. 794. die Verordnung machte, daß wenn weder der Bischof noch der Metropolitan einen Streithandel entscheiden könnten, die Partheyen ihren Recurs an ihn nehmen sollten[74]). Eine gleiche Immunität von der weltlichen Gerichtsbarkeit hatten auch die Könige Reccared von Spanien und Heinrich II. von England ihrer Geistlichkeit, jener auf der dritten Synode zu Toledo im Jahr 589[75]). dieser auf dem Nationalconcilium zu Avranges im J. 1172. ertheilt[76]). Wem konnte es nun also

73) CAROLI *M. Capitulare* III. anni 812. cap. 2. apud HEINECCIUM pag. 765. sq. *Capitular.* Lib III c. 77. p. 1363. *Ut Episcopi, Abbates, Comites et potentiores quique, qui causam inter se habuerint, ac se pacificare noluerint, ad nostram iubeantur venire praesentiam.* Man sehe auch ZIEGLER cit. Commentar. de Episcopis Lib. III. cap. 30. §. 96. sqq.

74) HARZHEIM Concil German. Tom. I pag. 325. und *de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii Lib. VI. cap. 14. §. 6.

75) *Concil. Toletan. III.* can. 13. S. THOMASSINUS P. II. Lib. III. cap. 106. §. 2. pag. 734. *edit. Mogunt.* und *Nat.* ALEXANDER in Histor. Eccles. Tom X Cap. V. Artic. 30. pag. 141. Irrig schreibt Gratian in seinem Decret *c. 42. Caus. XI. qu. 1.* diesen Canon einem gewissen *Concilio Milevitano* zu. Schon die Correctores Romani haben diesen Irrthum bemerkt. Allein die Quelle desselben zeigt BERARDUS in Gratiani canones P. I. Cap. XVI. pag. 177. an. Die neuern Spanischen Concilien führt THOMASSINUS c. l. cap. 113. §. 5. an.

76) THOMASSINUS c. l. cap. 112. §. 4. pag. 796. *edit. Mogunt.* s. P. IV. Lib. II. cap. 91. der Originalausgabe. Eben dieses Privilegium bestätigte sein Nachfolger König Richard, nach dem Zeugniß des Matth. Paris, jedoch mit dem Zusatz, daß bey begangenen schweren Verbrechen Geistliche zwar von

also wohl befremden, wenn Papst Alexander III. auf dem dritten im Lateran gehaltenen Concilium 1179. den weltlichen Richtern mit dem Bannstrahl drohet, welche sich unterfangen würden, Geistliche vor ihr Tribunal zu ziehen [77]). Dennoch waren in Criminalsachen die Geistlichen noch nicht allenthalben von aller weltlichen Gerichtsbarkeit eximirt. Denn so waren in einigen Reichen, z. B. in Ungarn und selbst in Italien nach den Gesetzen des Landes einige Verbrechen ausgenommen, deren Untersuchung und Bestrafung blos vor den weltlichen Richter gehören sollte [78]). Es war auch den Geistlichen noch gar nicht verboten, sich, mit Verwissen und Einwilligung des Bischofs, durch freywillige Prorogation einem weltlichen Richter in bürgerlichen

von dem weltlichen Richter sollten gefänglich eingezogen werden können, nachher aber an den geistlichen Richter auf Erfordern abgeliefert werden müßten. S. THOMASSINUS c. l. §. 8. pag. 800. *edit. Mogunt.*

77) *Can. 14.* Sane, quia laici quidam ecclesiasticas personas et ipsos etiam Episcopos suo iudicio stare compellunt; eos, qui de caetero id praesumserint, a communione fidelium decernimus segregandos. THOMASSINUS c. l. pag. 796. Eben dieser Papst Alexander III. war es, welcher den König Heinrich II. von England zur Aufhebung seiner Verordnung brachte, nach welcher die Geistlichen vor den weltlichen Richtern, vor welchen sie wären belangt worden, Recht nehmen sollten, und ihn bestimmte, dem Nationalconcilium zu Avranges beyzutreten. Er schrieb nämlich an den König: Epist. 10. *Sicut Clerici a viris saecularibus vita et habitu distinguuntur, ita et iudicia clericorum a laicorum iudiciis diversa penitus comprobantur.* S. *van* ESPEN Ius Eccles. univ. P. III. Tit. III. cap. 1. §. 21. sq.

78) *Ian.* o COSTA Commentar. in Decretales pag. 316.

Rechtsstreitigkeiten zu unterwerfen [78]). Damit nun aber auch von dieser Seite den weltlichen Richtern keine Gelegenheit zur Anmaßung einer Gerichtsbarkeit über die Geistlichen gegeben werden möchte; so verordnete nicht nur P. Lucius III. in einem an den Erzbischof zu Gran in Ungarn gerichteten Decretalschreiben vom Jahr 1160. [80]), daß Geistliche in keinem Falle von einem andern, als dem geistlichen Richter, besonders auch in peinlichen Fällen sollten verurtheilt werden können, etiamsi consuetudo regia habeat, *ut fures a iudicibus secularibus iudicentur: cum Imperator, dicat, quod leges non dedignantur sacros canones imitari, in quibus generaliter traditur, ut de omni crimine Clericus debeat coram ecclesiastico iudice convenire: non debet in hac parte canonibus ex aliqua consuetudine praeiudicium generari;* sondern es bezeugte auch P. Innocenz III. dem Erzbischof zu Pisa in einem 1210. an ihn erlassenen Decret [81]). sehr nachdrücklich sein Mißfallen, wie er den Geistlichen eine den Kirchengesetzen so offenbar zuwiderlaufende

79) Es heißt vielmehr in einem zu Orleans im Jahr 541. gehaltenen Concilium can. 20. *Si causam habentibus placuerit ire ad iudicium fori ex voluntate communi, permittente Praeposito Ecclesiae, clerico licentia tribuatur.* S. *Ant. Dad.* ALTESERRAE Innocentius III. pag. 230. und Ebenderselbe in Ecclesiasticae iurisdictionis vindiciis adv. Fevretum. Lib. III. cap. 4. pag. 112.

80) *Cap. 8. X. de iudic.*

81) *Cap. 12. X. de foro compet.* Ganz der Verordnung des Papsts Innocenz III. gemäß ist der Schluß eines gewissen Conciliums zu Exchester vom Jahr 1287. wie *van* ESPEN in Iure Eccles. univ. P. III. Tit. I. Cap. IV. §. 27. et 28. bemerkt.

sande Prerogation!! habe gestatten können. Er erklärt daher dieselbe für unerlaubt und unverbindlich, wenn sie auch mit einem Eide wäre bekräftiget worden, weil der privilegirte Gerichtsstand der Geistlichen kein beneficium personale sey, cui renunciari valeat, *sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum*, cui privatorum pactio derogare non potest[82]). Der glücklichste Zeitpunkt für die Immunität der Geistlichen war jedoch unstreitig der Crönungstag des Kaisers Friedrich II.[83]). Diesen wußte besonders Pabst Honorius III. dazu zu benutzen, daß er den Kaiser zu der merkwürdigen Constitution bestimmte, welche nicht nur in der *Auth.* Statuimus. *Cod. de Episcop. et Cleric.* befindlich ist, sondern die auch Pabst Honorius selbst, ihrer Wichtigkeit wegen, nachher in seine vom Cironius edirte Decretalensammlung aufnahm[84]). Diese Constitution, welche der Kaiser Friedrich II. nebst mehreren

82) Ueber das Gewicht dieses Entscheidungsgrundes sehe man *Casp.* ZIEGLER Praelect. public. in Decretales pag. 97.

83) Man sehe Schmids Geschichte der Deutschen. 3. Th. S. 7. u. 8. nach der Ulmer Ausgabe vom J. 1779. und *Not.* ALEXANDRI Histor. Eccles. Tom. XV. Cap. IX. Art. 2. pag. 501.

84) Lib. II. Tit. II cap. 2. Diese Decretalensammlung gab zuerst Cironius *Tolosae 1645.* f. unter dem Titel: *Quinta compilatio epistolarum decretalium* HONORII III. P. *M.* heraus, eine neue Ausgabe besorgte *Ios. Ant. a* RIEGGER aus einer Handschrift der kaiserlichen Bibliothek, welche zu Wien 1761. 4. erschienen ist. Man sehe auch *Ios. Ant. a* RIEGGER Diss. de collectione Decretalium *Honorii* III. P. M. (in EJUS *Opuscul. ad historiam et iurisprud. eccles. pertinent. Friburgi* 1773.) §. 18.

reren andern zum Faveur der Kirchen und Geistlichen an seinem Crönungstage 1220. zu Rom publicirte[85]), lautet wörtlich folgendermaßen: *Statuimus, ut nullus ecclesiasticam personam in criminali quaestione vel civili trahere ad iudicium seculare praesumat contra constitutiones imperiales et canonicas sanctiones. Quodsi fecerit, actor a suo iure cadat, iudicatum non teneat, et iudex ex tunc potestate iudicandi privetur.* Ob nun gleich diese Avthentika eigentlich nur für Italien gelten konnte, wenn es auch schon in den Worten des Proömiums heißt: *per totum imperium nostrum publicandas*[86]); so wurde sie doch auch in Teutschland

85) In dem Proömium des Edicts, womit K. Friedrich II. seine Constitutionen zu Rom publicirte, heißt es: Ad honorem Dei omnipotentis et ecclesiae sanctae Dei, *die, quo de manu sacratissimi patris nostri* HONORII *III. summi Pontificis suscepimus imperii diadema*, legis edidimus, quas praesenti pagina fecimus annotari. *Franc.* DUARENUS de sacris ecclesiae ministeriis ac beneficiis Lib. VII. cap. 10. pag. 389. (edit. *Io.* SCHILTERI) bemerkt, es sey mehr als zu gewiß (certo certius est), daß Pabst Honorius III. den Kaiser zu diesen Constitutionen, welche die Immunität der Geistlichen und Kirchen nicht nur von der weltlichen Gerichtsbarkeit, sondern auch insonderheit von den öffentlichen Lasten und Abgaben (*Avth.* Item nulla *Cod. de Episcop. et Cleric.*) betreffen, genöthiget, und ihm bis zu deren Verwilligung die Kaiserkrone vorenthalten habe.

36) Man sehe *Io. Iac.* SCHERZ Diss. de Avthenticarum auctoribus et auctoritate Cap. II. pag. 38. (in des Herrn Direct. ZEPERNICK *Biga libellor. Avthenticas Codic. repet. praelect. earumque historiam illustrant. Halae 1788. 8.*) und SILBERRAD ad HEINECCII histor. iur civ. Lib. I. cap. 6. §. 419. not. γ. pag. 613. (edit. *Argentorat. 1765*).

land mit dem Justinianeischen Gesetzbuche, dem sie der Kaiser auf Begehren des Pabstes beyfügen ließ[87]), aufgenommen[88]). Sie wurde in der Folge unter dem Pabst Martin V. auf dem Concilium zu Costnitz im Jahr 1417. wieder erneuert, und auch den Schlüßen dieses Conciliums beygefügt[89]); so wie nicht minder von Zeit zu Zeit auf mehrern teutschen Concilien zu Cöln 1266. Salzburg 1420. Freysingen 1440 und Mainz 1549 verordnet wurde, daß Niemand bey Verlust des Proceßes einen Geistlichen vor einem weltlichen Richter belangen, noch dieser sich einer Entscheidung in Sachen eines Geistlichen, wenn gleich mit Einwilligung desselben, bey Strafe der Excom-

87) S. STRAUCH Irnerius non errans Cap. II. §. 2. und *Io.* SCHILTER de libertate Ecclesiarum Germaniae Lib. V. Cap IIX. §. 14. pag. 705.

88) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 120. Eine alte teutsche Uebersetzung von der Verordnung des K. Friedrich II. findet sich in der neuen Sammlung der Reichsabschiede 1. Th. S. 27. in welcher es §. 4. heißt: Auch bestätigen wir, daß man kein geistlich Person, oder der heiligen Kirchen Diener vor weltliches Gericht lassen kömmen in mißthätigen Sachen, oder was Sachen es sey, wer aber das thut, der thut wider alle kaiserliche Recht und Gesetze. — Dem Kläger soll man seine Klag wegschlagen, auch soll der Richter zu der Zeit und Stund seiner Gewalt zu richten seyn beraubt.

89) HARDUIN *Concil.* Tom. VIII. col. 923. sq. THOMSSAINUS de vet. et nova ecclesiae discipl. P. II. Lib. III. cap. 112. §. 10. pag. 802. edit. *mogunt.* (s. P. IV. Lib. II. cap. 91. der Originalausgabe) und *van* ESPEN Ius Eccles. Univ. P. III. Tit. I. Cap. IV. §. 30. et Tit. III. Cap. III. §. 12.

Excommunication anmaßen sollte[90]). Wie im Jahr 1495. Kr. Maximilian I. den Landfrieden zu Worms publicirte, so gab ihm zwar dieses neue Veranlassung, das Privilegium des Gerichtsstandes der Geistlichen auch in peinlichen Fällen zu bestätigen[91]); er verordnet jedoch ausdrücklich, daß geistliche Verbrecher, ohne Rücksicht ihres Standes, nach der Strenge des Gesetzes bestraft werden sollen, und drohet sogar denjenigen Prälaten den Verlust der kaiserlichen Gnade und des Reichsschutzes an, welche die Thäter unbestraft lassen würden. Dessen ungeachtet stellten die Geistlichen den sehr schädlichen Grundsatz auf, daß

90) THOMASSINUS de vet. et nova Ecclesiae disciplina P. II. Lib. III. cap. 113. §. 4. pag. 809. *edit. Mog.*

91) S. neue Sammlung der Reichsabschiede Th. II. S. 5. §. 8. wo es heißt: Item ob geistliche Personen, des wir uns je nit versehen, wider diesen unsern Frieb und Gebot handeln würden, so sollen die Prälaten, die ihn Mittel ordentlichen Gerichtszwang gegen ihnen haben, sie, auf Ansuchen der Beschädigten, ungesäumt daran halten, Kehrung und Wandel der Schäden zu thun, sofern sein Vermögen reicht, und sie härtiglich umb die Ueberfahrung strafen. Und ob dieselbigen säumig, und die Thäter nit gestraft würden, so setzen wir sie, auch die Thäter, hiemit aus unsern und des Reichs Gnad und Schirm, wollen sie auch, als Irrer des Friedens, in ihrer Widerwertigkeit nit versprechen oder verthädigen, in kein Weis. Eben dieses ist wörtlich wiederhohlt in dem Landfrieden zu Augspurg vom Jahr 1548. Art. 22. S. die angef. Sammlung der Reichsabschiede 2. Th. S. 583.

daß sie, als Geistliche, ihres Privilegiums wegen, von aller weltlichen Strafe frey wären, und begiengen daher unter dem Schilde desselben die gröbsten Ausschweifungen und Verbrechen. Sie wurden darin selbst von den geistlichen Obern unterstützt. Denn diese belegten sie entweder blos mit Kirchen-Strafen, oder ließen sie ganz ungestraft, weil die Degradation, ohne welche keine peinliche Strafe erkannt werden konnte, mit zu viel Pomp und Kosten verknüpft war [92]). Die sehr nachtheiligen Folgen dieses Mißbrauchs, welche dadurch immer schädlicher wurden, daß man, um ungestraft sündigen zu können, sich nur die Tonsur durfte ertheilen lassen, und welche eben deswegen bey der grossen Erbitterung der weltlichen Personen gegen die Geistlichkeit endlich völlige Empörung und allgemeinen Volksaufruhr befürchten ließen, veranlaßten daher die weltlichen Stände des teutschen Reichs, in ihren Beschwerden, die sie auf den Reichstag zu Nürnberg im Jahr 1523. gegen den Stuhl zu Rom übergaben, auf eine gänzliche Aufhebung jener Verordnung des Krs. Friedrich II. zu dringen [93]).

Allein

92) Mah sehe Fried. Hortleder von den Ursachen des teutschen Kriegs. I. B. 1. Kap. Nr. 56. S. 14. (Gota 1645.)

93) In den *Gravaminib. Nationis Germ. Norimbergenſib.* Cap. XXI. nr. XXXIII. bey *Iac. Frid.* GEORGI in Gravaminib. adverſ. ſedem Rom. (*Francof. et Lipſiae* 1725.) pag. 423. heißt es: *Quapropter neceſſitas aequitasque ipſa ſibi poſtulant, ut eccleſiaſticarum perſonarum praedicta praeſumta privilegia abrogentur, aboleantur, e medioque tollantur: ac illorum gratia finaliter ſanciatur, caveatur ac ſtatuatur, quod ordinati, in maioribus vel minoribus conſtituti, una cum perſonis laicis aequa habeant iura, aequos iudices, paresque poenas, ita quod eccleſiaſtici ultra laicos in paribus delictis nullam pretendere, aut ut praerogativam immunt-*

Allein da es gar nicht die Absicht dieses Kaisers war, die Geistlichen durch die ihnen ertheilte Gerichtsbefreyung von der Oberherrschaft des Staats, und den bürgerlichen Gesetzen desselben unabhängig zu machen, wie aus den eigenen Aeußerungen desselben gegen den Pabst erhellet [94]); so durfte man nur, um den eingerissenen Mißbräuchen abzuhelfen, jenem Privilegium der Geistlichen diejenigen Schranken setzen, welche die Erhaltung der bürgerlichen Wohlfarth erforderte. Hierzu gab die durch Luthers Lehre und Schriften veranlaßte Kirchen-Reformation die beste Gelegenheit. Denn so wie durch das Tridentinische Concilium in Ansehung der katholischen Geistlichkeit das Privilegium des Gerichtsstandes in so weit beschränkt wurde, daß diejenigen Geistlichen, die nur die Tonsur erhalten haben, oder von den geringern Orden sind, insofern sie der Kirche nicht wirklich dienen, an diesem Privilegium keinen Antheil nehmen

munitatemve; sed ut quisque delinquentium ecclesiasticorum, sub quo deliquit iudice, ob commissum suum maleficium, secundum delicti qualitatem ac mensuram, non secus ac alii malefactores, poena a iure communi imperii imposita delicto, commensurataque, plecti, puniri et affici possit atque debeat.

94) Wie z. B. im Jahr 1239. Pabst Gregor IX. sich bey dem Kr. Friedrich II. unter andern beklagte: *quod clerici capiantur, incarcerentur, proscribantur et occidantur,* war die kaiserliche Antwort folgende: *De captis et incarceratis nihil novit, nisi quod per officiales Imperatoris aliqui capti sunt, assignandi iuxta qualitatem excessuum iudicio Praelatorum. De proscriptis vero novit, quod obiecto quibusdam crimine laesae maiestatis, aliqui de regno sint proscripti.* S. SCHILTER de libertate Ecclesiar. Germaniae Lib. V. cap. VIII. §. 15. pag. 706. sq.

nehmen sollen [95]); so wurde insonderheit auch durch den Westphälischen Frieden [96]) das Diöcesanrecht der katholischen Bischöfe und die ganze geistliche Gerichtsbarkeit derselben mit allen ihren Gattungen über die evangelischen Reichsstände und deren Unterthanen aufgehoben [97]). So wenig nun aber mit Grund behauptet werden kann, daß hierdurch die geistliche Gerichtsbarkeit, die bis dahin, von so vielen Jahrhunderten her, ein Annexum der kirchlichen Gewalt geworden war, wieder, was sie ursprünglich und ihrer Natur war, ein Bestandtheil der Landeshoheit, geworden wäre, indem vielmehr die evangelischen Landesherren die in Ansehung der Protestanten aufgehobenen bischöflichen Rechte bekanntermaßen als Oberhäupter der evangelischen Kirchen ihrer Länder vermöge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft ausüben [98]); eben so wenig war es auch je die Absicht derselben, daß über die evangelischen Kirchensachen, oder über die evangelische Geistlichkeit in zeitlichen Sachen hinführo die blos weltliche Territorial-Gerichtsbarkeit Statt haben, und mithin, in Ansehung dieser, alles

95) *Seff. XXIII. de Reformat. cap. 6.* S. *van* ESPEN Ius Eccles. univers. P. III. Tit. III. cap. 4.

96) *Art. V. §. 48.*

97) Man sehe hier Pütters Geist des Westphäl. Friedens S. 431. ff. und vorzüglich Desselben Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 2. Band S. 36. folgg.

98) Maier teutsches geistliches Staatsrecht 2. Th. 5. Kap §. 104. S. 316. ff. Pütters Geist des W. Fr. S. 440. Nr. X. u. XI. und Desselben Erörterungen 2 Th. S. 73. ff. und S. 80. Nr. XVI.

alles bisherige Vorrecht eines kirchlichen Gerichtsstandes aufgehoben seyn sollte [99]). Nein, ihre Absicht war nur, durch Anordnung eigener geistlicher Gerichtshöfe, unter dem Namen der Consistorien, die Mißbräuche des kirchlichen Gerichtsstandes abzustellen, dasjenige, was einer Verbesserung bedurfte, zu verbessern, und diejenigen Verfügungen zu treffen, die das Beste des Staats und der Kirche erforderte [100]). Zwar konnten weltliche katholische Landesherren, da in Ansehung ihrer das bischöfliche Diöcesanrecht auf keine Weise aufgehoben worden, über ihre Unterthanen, sie mochten katholischer oder evangelischer Religion seyn, sich auf keine Weise einer geistlichen Gerichtsbarkeit anmassen, ohne an ihrer Religion und der Majestät der Hierarchie Verrätherey zu begehen [1]); allein das Recht konnte ihnen doch selbst nach der Analogie des Westphälischen Friedens [2]) nicht abgesprochen werden, den eingerissenen Mißbräuchen des geistlichen Gerichtsstandes die nöthigen Schranken zu setzen, damit nicht ferner, wie bisher geschehen war, die Gerichtsfreyheit der Geistlichen zu einer Gesetzlosigkeit und ärgerlichen Impunität ausarte. Mit Recht sagt daher der grosse

99) Maier von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstand in zeitlichen Sachen §. 29 ff.

100) *Mart. Gottl.* PAULI Progr. de foro clericorum competente sec. iura Sax. Electoral. novissima. *Viteb. rgae* 1783. pag. 6. sq.

1) Maiers geistliches Staatsrecht. 2. Th. 6. Kap. 2. Abschn. §. 112. S. 351. besonders Pütters Erörterungen 2. Band S. 99. ff. Die in dem W. F. zwischen beyden Religionspartheyen verglichene wechselseitige Gleichheit hat hierauf keinen Einfluß. S. Maier von der evangel. Geistlichkeit Gerichtsstand in zeitl. Sachen §. 40.

2) *Art. V.* §. 30.

große Zeger Bernhard von Espen [3]): Si principes intelligant, exemtionem, qua hactenus gravisi sunt Clerici, politico et recto Reipublicae regimini plurimum officere, ipsamque Clericorum a iurisdictione et coercitione Magistratuum saecularium exemptionem fouere crimina ob eorum impunitatem, atque hanc subministrare incentivum delinquendi; quidni Principes possint et subinde teneantur pro temporum et rerum circumstantiis haec exemtionum privilegia sua auctoritate limitare, atque circumscribere, et quaedam crimina excipere, et formam et modum de his cognoscendi et iudicandi praescribere? Daß aber auch die weltlichen Regenten von diesem Rechte wirklich Gebrauch gemacht haben, lehrt theils die Geschichte des Tridentinischen Conciliums [4]), theils die heutige Praxis der katholischen Staaten.

3) Iur. Eccles. Univ. P. III. Tit. III. Cap. II. §. 12. (*Oper.* Tom. IV. pag. 26. *edit. Venet* 1781.)

4) So z. B. wollte der Päbstliche Legat dem Tridentinischen Concilium Sess. 14. den Artikel einrücken: *Ut nemo laicus cuiuscunque dignitatis praetextu cuiuscunque privilegii vel consuetudinis contra in sacris constitutos, etiam in actionibus criminalibus, procedere possit*, wie aus einem Brief des *Francisci de* VARGAS erhellet, welchen er aus dem Tridentinischen Concilium am 26. Nov. 1551. an den Bischof zu Arrois schrieb. Allein durch die standhafte Opposition der weltlichen Regenten, welche an diesem Concilium durch ihre Gesandten Antheil nahmen, besonders durch den Spanischen Orator *Franciscus de* TOLEDO, welcher den großen Nachtheil vorstellte, der hieraus für die Territorialgerichtsbarkeit entstehen würde, ward die Sache hintertrieben, und jener Artikel weggestrichen. S. *van* ESPEN Ius Eccles. univ. Part III. Tit. III. cap. 3. §. 56—59.

ten [5]). Uebrigens erhellet aus dieser historischen Entwickelung, wie sehr diejenigen irren, welche den Ursprung des befreyeten Gerichtsstandes der Geistlichen unmittelbar aus einer göttlichen Anordnung herleiten wollen; eine Meinung, welche selbst von den katholischen Kanonisten unserer Zeiten [6]) mit Recht verworfen wird.

Soviel hiernächst die Competenz dieses geistlichen Gerichtsstandes anbetrift, so ist derselbe nach dem kanonischen Rechte von zweyerlei Art,

1) ein allgemeiner (*forum clericorum commune*), wo alle katholische Geistliche belangt werden können, wenn sie sich daselbst gegenwärtig befinden. Dieser ist die päpstliche Curie zu Rom [7]).

2) Ein besonderer geistlicher Gerichtsstand (*forum clericorum proprium*), welcher in Ansehung eines jeden Geistlichen durch seinen Wohnort, oder durch seine Pfründe, oder durch ein begangenes Verbrechen, oder durch ein besonderes Recht, begründet wird [8]). Wenn also ein Geist-

5) Mehrere Beyspiele hiervon, besonders von Bayern, findet man in Siebenkees Beyträgen zum teutschen Recht. 6. Th. S. 108. u. 110. f.

6) EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom II. §. 112. p. 118. sqq. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 520—523. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris ecclesiast. Tom I. §. 239. pag. 372. sq.

7) *Cap. fin. X de foro compet.* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. Part. II §. 531.

8 *Cap. 1. 2. 4. X. de foro compet. Cap. 3. de tempor. ordinat. in VIto. Cap. 7. de Officio ordinar. in VIto. Concil. Trid Sess*

Geistlicher mehrere Pfründen besitzt, welche eine Residenz erfordern, so kann er, wenn diese Pfründen in verschiedenen Diöcesen liegen, in der einen wie in der andern bey dem geistlichen Richter derselben belangt werden. Wenn hingegen die Pfründe, die ein Geistlicher besitzt, keine Residenz erfordert, so ist sein ordentlicher Gerichtsstand bey dem geistlichen Richter seines Wohnorts begründet, und er kann in foro beneficii, wenn dieses von jenem verschieden seyn sollte, anders nicht belangt werden, als in Rücksicht seiner Pfründe [9]). In Absicht auf den Gerichtsstand der katholischen Kirchen-Prälaten in Teutschland kommt es darauf an, ob sie eximirt sind, oder nicht. Erstere stehen, als solche, unmittelbar unter dem Papst. Es ist dieses ein besonderer Vorzug der Erzbischöfe, daß sie, als solche, blos vom päpstlichen Stuhle abhangen. Es giebt aber auch gefürstete Bischöfe und Aebte in Teutschland, welche exemt sind [10]). Suffraganbischöfe hingegen sind der geistlichen Gerichtsbarkeit des Erzbischofs unterworfen [11]). Wenn jedoch zwischen einem Suffragan und dem Metropolitan selbst ein Streit entsteht, oder zwey Suffraganbischöfe mit einander über

Sess. XXIII. cap 6. et Sess. XXIV. cap. 5. de Reformat. Phil. HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 138 und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 667.

9) RIEGGER c. l. § 532. und HEDDERICH c. l.

10) S. von Sartori geistliches und weltliches Staatsrecht der deutschen katholischgeistlichen Erz- Hoch- und Ritterstifter. 1. Bandes 1. Th. 3. Kap. §. 194.

11) *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 200. *Ge Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 148. et 149. *Franc. Xaver.* HOLL Statistica Ecclesiae German. Tom. I. §. 57. sqq.

eine Sache in Streit gerathen, die einen blos geistlichen Gegenstand betrift, so entscheidet hierin der Papst, dem sie unmittelbar unterworfen sind [12]). In Ansehung der Verbrechen der katholischen Bischöfe unterscheidet das Tridentinische Concilium [13]) zwischen grösseren und geringern Verbrechen. In Ansehung der erstern, wegen welcher auf Absetzung und Verlust der bischöflichen Würde zu erkennen ist, soll die Cognition vor den Pabst; in Ansehung der letztern hingegen vor das Provinzial-Concilium gehören [14]). Allein dieser ganze Unterschied stammt ursprünglich vom Pseudoisidor her. Denn nach den Schlüßen der ältern Synoden, nämlich der Nicäischen, Antiochischen und Sardicensischen, gehören die Criminalsachen der Bischöfe ohne Unterschied vor die Provinzial-Concilien, wie *Petrus de* MARCA [15]) und Zeger Bernhard von Espen [16]) außer allen Zweifel gesetzt haben. Wie aber gegen das Ende des achten, oder vielleicht in dem erstern Viertel des neunten Jahrhunderts, die Sammlung des Pseudisidors zum Vorschein kam [17]); so wurde durch die darin enthaltenen

12) H. von Sartori geistl. und weltl. Staatsrecht der teutschen kathol. geistlichen Stifter. 1. Bandes 1. Th. 4. Kap. §. 260.

13) *Sess. XIII. cap. 8.* et *Sess. XXIV. cap. 5. de Reformat.*

14) RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 251.

15) De concordia Sacerdotii et Imperii Lib. VII. cap. 2. sqq.

16) In iure ecclesiast. univ. P. III. Tit. III. cap. 5. §. 1 — 14. Man sehe auch *Lud. Ell. du* PIN de antiqua Ecclesiae disciplina Diss. II. cap. I. pag. 98. sqq.

17) Spittlers Geschichte des kanonischen Rechts bis auf die Zeiten des falschen Isidorus §. 62. u. 63.

nen falschen Dekretalen der Päbste **Julius I. Eleutherius** und anderer der Grundsatz geltend, daß die Verurtheilung und Absetzung der Bischöfe nur allein dem Pabste, als Vicario Iesu Christi, zukomme [18]). Der grosse Beyfall, mit welchem die Sammlung des falschen **Isidorus** insonderheit auch von den Bischöfen aufgenommen wurde [19]), weil sie ihnen gegen alle Bestrafungen des Metropolitans und der Provinzialsynode zu Rom eine sichere Freystätte verschafte [20]), bewog den Mönch **Gratian**, die jenen neuen Grundsatz enthaltende unächte Decretalen eben so gut, als die oben gedachten ächten Synodalschlüße, seinem Decret einzuverleiben [21]), und um sie beyde mit einander zu vereinigen, verfiel man auf den oben erwähnten Unterschied inter causas criminales maiores et minores, den das Tridentinische Concilium, obwohl nicht ohne Widerspruch verschiedener Mächte, bestätigte [22]). Die Päpste haben nun zwar das aus jener unreinen Quelle geflossene Bestrafungsrecht schon seit dem neunten Jahrhundert durch Absetzung mehrerer teutscher Bischöfe wirklich ausgeübt [23]); da indessen

18) *Petr. de* MARCA c. l. cap. 26. RIEGGER c. l. §. 251.

19) *S. van* ESPEN Diss. I. de collectione Isidori vulgo Mercatoris § 3. in EJUS *Operib. iur. canon.* Tom. VII. pag. 194. (*edit. Venet. 1781.*)

20) Spittler a. a. O. §. 66. S. 261.

21) Man sehe *Caus. III. Qu. 6. can. 7. et 9.*

22) *S. van* ESPEN Ius Eccles. univ. P. III. Tit. III. cap. 5. §. 26. sqq.

23) Eine Menge Beyspiele in chronologischer Ordnung sind angeführt in des H. von Sartori geistlichen und weltlichen Staatsrecht der teutschen katholischgeistlichen Stifter. 2. Bandes 2. Th. 1. Abschn. Kap. 41. §. 1298. S. 201—208.

ein teutscher Bischof, als Reichsstand betrachtet, nicht vom Papst abhängt, so kommt es heut zu Tage doch immer noch erst auf das Erkenntniß des Kaisers und des Reichs an, ob auch solche Ursachen vorhanden sind, weswegen ein geistlicher Reichsstand seiner weltlichen Würden vermöge der Wahlcapitulation privirt werden kann [24]). Gesetzt also auch, der Papst hätte einen teutschen Bischof seiner geistlichen Würde entsetzt, welches aber wohl heut zu Tage nicht mehr aus solchen Ursachen geschehen dürfte, wegen welcher die Päpste ehemals mit der Absetzung zufuhren [25]), so würde sich der abgesetzte Bischof doch immer noch als teutscher Fürst und Reichsstand souteniren, wenn ihn der Kaiser und das Reich nicht absetzungswürdig finden [26]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der ordentliche Gerichtsstand der katholischen Geistlichen bey dem bischöflichen Officialate oder Generalvicariate ist [27]).

In den evangelischen Ländern stehen die Geistlichen unter den landesherrlichen Consistorien [28]). Wenn jedoch in einem

24) von Sartori im angef. Staatsrecht 1. Bandes 1. Th. Kap. 19. §. 576. und 2. B. 2. Th. 1. Abschn. Kap. 40. §. 1200. S. 101.

25) Man sehe nur die Beyspiele bey Sartori in des 2. Bd. 2. Th. 1. Abschn. §. 1298.

26) von Sartori 1 B. 1. Th. Kap. 19. §. 576. S. 399. und 2. B. 2. Th. 1. Abschn. §. 1299. S. 208. f.

27) *Ge. Lud.* BOEHMER Princ. iur. canon. §. 667. not. a. HOLL Statistica Eccles. Germ. Tom. I. P. I. cap. XIX. §. 381. und von Sartori Staatsrecht der katholischgeistl. Stifter. 2. B. 2. Th. 1. Abschn. Kap. 48. § 1471. ff.

28) *a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. §. 166.

einem Lande keine eigene Consistorien bestellt sind, sondern die vor dieselben gehörigen Sachen von der ordentlichen Landesobrigkeit besorgt werden, so sind die Geistlichen dem Landesjustiz-Collegium der Provinz unterworfen[29]). Die Canonici und Conventualen hingegen haben ihren besondern Gerichtsstand vor dem Kapitel; hat dieses aber keine Gerichtsbarkeit, so sind dieselben demjenigen Tribunal unterworfen, dem der evangelische Landesherr die Gerichtsbarkeit über sie aufgetragen hat[30]). Uebrigens bemerke ich nur noch, daß unter den Geistlichen bey den Protestanten nicht blos diejenigen verstanden werden, die durch Ordination zum Dienst der Kirche bestellet worden sind, sondern es werden auch die Schulcollegen, Cantoren, Organisten, Schulmeister und Küster zu den geistlichen Personen gerechnet, und stehen daher mit Frau und Kindern, so lange nämlich letztere ihren Zustand nicht ändern, sondern unter der väterlichen Gewalt sind, in den meisten protestantischen Ländern unter der geistlichen Gerichtsbarkeit[31]). Auch die Wittwen der Geistlichen behalten mit ihren Kindern diesen geistlichen Gerichtsstand, so lange nämlich letztere bey der Mutter bleiben, und von ihr erzogen wer-

 den.

29) *a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom I. Obs. 166. und Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 5. Th. §. 196 S. 286. ff.

30) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 667.

31) BOEHMER cit. Princip. §. 242 not. a. *Salom.* DEYLING Institut. prudentiae pastoral. P. II. §. 31. PAULI Progr. de foro clericorum competente pag. 5. Pütters Rechtsfälle 1. B. 1. Th. Resp. 16. nr. 49. S. 185. Eichmanns Erklärungen 5. Th. S. 145. not. q.

den [32]). Ob auch das Gesinde der Geistlichen den befreyeten Gerichtsstand seiner Herrschaft habe, ist schon oben erörtert worden.

Wenn ein katholischer Geistlicher sich in einem protestantischen Lande oder Orte aufhält, so lassen sich zwey Fälle denken.

1) Er befindet sich daselbst blos als ein Fremder. Hier ist er, wenn er daselbst belangt wird, wie ein anderer Fremder, dem weltlichen Gericht des Landes unterworfen, und kann sich nicht auf seinen befreyeten Gerichtsstand, gleichsam als ein ius revocandi domum, berufen [33]).

2) Ein katholischer Geistlicher hält sich seines Amts halber (ex officii necessitate) in einem protestantischen Lande auf. Hier entscheidet nach dem Geist des westphälischen Friedens zuvörderst der Besitzstand des Normal-Jahrs 1624. und wo dieser nicht einschlägt, das landesherrliche Gesetz, wie weit ihm in causis officii auf seine geistliche Obrigkeit sich zu berufen, freysteht [34]).

Eben so kommt es in Ansehung der evangelischen Geistlichen in einem katholischen Lande darauf an, ob die evangelische Kirche, zu welcher sie gehören, im Jahr 1624. die geistliche Gerichtsbarkeit des katholischen Bischofs anerkannt,

32) PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 197.

33) Ludovici Einleitung zum Consistorialproceß 5. Kap. §. 41. und Siebenkees Beyträge zum teutschen Rechte. 6. Th. 5. Abh. §. 29. u. §. 30

34) *I. P. O. Art. V.* § *26. et 48.* Maiers teutsches geistliches Staatsrecht 2. Th. 6 Kap. 1. Abschn. S. 332 ff. Siebenkees a. a. O. §. 30.

kannt, oder vermöge der Observanz dieses Normal-Jahres zur Verwaltung der ihr zustehenden Kirchengewalt, und der derselben anhängigen geistlichen Gerichtsbarkeit ein eigen Consistorium hat. Im ersten Falle sind sie der geistlichen Gerichtsbarkeit des katholischen Bischofs, jedoch nicht anders, als unter den im Gesetz des Westphälischen Friedens ausdrücklich beygefügten Einschränkungen, unterworfen [35]); in dem letztern Falle hingegen stehen dieselben unter dem evangelischen Consistorium ihrer Kirche. Nur diesem Forum sind die evangelischen Geistlichen auch in den gemischten Landen unterworfen, in denen beyde Religionen vom Jahr 1624 her, als condominant, öffentlich eingeführt sind [36]). Wenn hingegen ein evangelischer Geistlicher, blos als Fremdling, in einem katholischen Lande sich aufhält, und daselbst delinquirt, so muß er das forum delicti anerkennen, ohne sich auf seinen befreyeten Gerichtsstand berufen zu können [37]).

Der befreyte Gerichtsstand der Geistlichen fällt übrigens in folgenden Fällen weg,

1) wenn Geistliche sich eines so schweren Verbrechens schuldig gemacht haben, daß deshalb eine Todes- oder Leibesstrafe, oder eine andere dieser gleichgeschätzten Strafe, zu erkennen ist. Jedoch haben sie auch in einem solchen Falle ihren Gerichtsstand vor dem geistlichen Gericht wenigstens

35) *Art. V.* §. 48. Maier im geistl. Staatsrecht §. 113. Ebenderselbe von der evangel. Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen §. 43. u. 44.

36) Maier in der angef. Abhandl. §. 49.

37) Siebenkees Beyträge 6. Thl. S. 124.

nigſtens bis zur Specialinquiſition, mit deren Anfang ſie an den weltlichen Richter überliefert werden müſſen [39]). Es iſt alſo die Gerichtsbarkeit der Conſiſtorien blos auf die geringen Verbrechen der Geiſtlichen und Exceſſe in ihrem Amte eingeſchränkt, worauf eine Suſpenſion, oder Abſetzung, oder eine andere Kirchencenſur erfolgt, die das Conſiſtorium erkennen kann [39]).

2) Wenn ein Geiſtlicher, ohne alle Rückſicht auf ſeinen geiſtlichen Stand, bloß in der Eigenſchaft als Beſitzer einer Sache, oder als Verwalter fremder Güter, oder als Vaſall, oder als fürſtlicher Staatsbedienter, oder als teutſcher Reichsſtand belangt wird. In ſolchen Fällen iſt der ordentliche weltliche Richter auch in Anſehung der Geiſtlichen zuſtändig [40]).

3) Auch

38) HELLFELD Diſſ. de iurisdictione faeculari in clericos delinquentes. *Ienae 1771.* (in EJUS *Opuſc.* Nr. XIII.) BOEHMER in Obſervat. ad *Carpzovium.* Qu. CX. Obſ. 18. Meiſters ausführl. Abhandlung des peinl. Proceſſes. 5. Th. Hauptſt. 13. § 48.

39) *I. H.* BOEHMER Ius eccleſ Proteſt. Lib. II. Tit. II. §. 65—67.

40) *Cap. ult. X. de foro compet. c. 5. et 13. X. de iudic. cap. 6. X. de foro compet. Chriſt.* THOMASIUS in Diſſ. de foro competente et ſubiectione clericorum ſub poteſtate civili. *Halae* 1709. Sect. III. §. 6—19 *van* ESPEN Ius Eccleſ. univ. Part. III. Tit. I. cap. VI §. 26—28. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P I. Obſ. 305. in Supplem. novo §. X. nr. 29. LEYSER Meditat. ad Pandect Vol. II. Specim. LXXX. medit. 12. et 13. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 5. Th. S. 165. ff. In Anſehung der beſondern Gerichtsſtände des Contracts und der geführten Verwaltung iſt zwar BOEHMER in iure eccleſ. Proteſtant. Lib. II. Tit. II. §. 61. et 62. anderer

Mei-

3) Auch wegen des Zusammenhangs der Sache, oder wegen der Litispendenz hat der befreyte Gerichtsstand der Geistlichen in den Fällen nicht Statt, wo ein Geistlicher bey einem vor dem weltlichen Richter anhängigen Proceße wegen der von ihm zu leistenden Eviction zur rechtlichen Vertretung aufgefordert worden [41]), oder als Erbe eines Layen in einen vor dem weltlichen Richter wider seinen Erblaßer schon anhängigen Rechtsstreit succedirt [42]).

4) Wegen einer nothwendigen Prorogation fällt auch der geistliche Gerichtsstand bey der Widerklage weg, und der Geistliche muß den weltlichen Richter, den er als Kläger

Meinung. Ihm stimmt auch Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes § 35. S. 101. bey. Diese behaupten nämlich, daß ein Geistlicher zwar auch den besondern Gerichtsstand des geschlossenen Contracts und der geführten Verwaltung anerkennen müsse. Er könnte sich aber doch auch hier auf die geistlichen Gerichte berufen, weil die weltlichen nicht befugt wären, sich über ihn eine Gerichtsbarkeit anzumaßen. Allein daß diese Meinung in den deßfalls angeführten Stellen des canonischen Rechts, nämlich *cap. 20. X, de foro compet. cap. 1. §. 3. eodem in 6to* und *cap. 1. de privileg. in 6to*, nicht gegründet sey, hat Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 188—194. ausführlich gezeigt.

41) *L. 49. pr. D. de iudiciis. L. 1. Cod. ubi in rem actio.* BOEHMER Ius eccles. Protestant. Lib. II. Tit. II. §. 55. *van* ESPEN Ius Eccles. univ. P. III. Tit. I. Cap. VI. §. 30. THOMASIUS cit. Diss. p. 41. und besonders Eichmann in den angef. Erklärungen 5. Th. S. 175. ff.

42) *L. 30. et 34. D. h. t.* BOEHMER cit. loc. §. 56 *van* ESPEN c. l §. 31. HEDDERICH Elem. iur. canon. P. II. §. 139.

ger für sich anerkannt hat, auch als Wiederbeklagter gegen sich gelten lassen, wenn die Sache, ihrer Eigenschaft nach, vor demselben verhandelt werden kann[43]). Endlich

5) ist noch zu bemerken, daß dieses Privilegium bey den Katholiken nur durch feyerliche Degradation[44]), bey den Evangelischen aber durch wirkliche Absetzung verlohren gehe[45]). Die bloße Absetzung ist bey den Katholiken darum nicht hinreichend, weil der privilegirte Gerichtsstand nach dem kanonischen Recht ein Vorrecht des ordinis sacri ist, welcher einen unauslöschlichen Charakter giebt, und daher noch immer fortdaurend wirksam bleibt, wenn gleich der Geistliche seines Amts entsetzt worden ist[46]).

§. 524.

3) Gerichtsstand der academischen Personen.

Einen befreyten Gerichtsstand haben III. die Lehrer auf Academien und übrigen academischen Bürger.

43) *L. 22. D. h t. Cap. 1. et 2. X. de mut. petit. L. 14. in fin. C. de sentent. et interlocut. Can. 1. §. 2. Cauſ. III. Qu. 8. I. H.* BOEHMER ius eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. II. §. 57. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. Part. II. §. 645 — 649.

44) *Cap. 10. X. de iudic Cap. 2. de poenis in 6to. van* ESPEN ius eccleſ. univ. P III. Tit. XI. cap. 1. § 56.

45) *Iuſt. Henn.* BOEHMER ius eccleſiaſt. Proteſtant. Lib. II. Tit. II. §. 49. Danz Grundsätze des gemeinen ord. bürg. Proceſſes §. 35. S. 100.

46) *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 534. und Wieſe Handbuch des gemeinen in Deutſchland üblichen Kirchenrechts 2. Th. §. 140. S. 67.

ger. Dieſes Privilegium gründet ſich urſprünglich auf die berühmte Verordnung des Kaiſers **Friedrich** I. welche unter dem Namen der Avthenticae: *Habita* Cod. ne filius pro patre bekannt iſt [47]). Vermöge derſelben ſollten nun die Scholaren und Profeſſoren der Academie die Wahl haben, ob ſie wollten vor dem Rector der Academie, oder vor dem Biſchof belangt ſeyn. Bey einem andern Richter, als den ſie ſelbſt gewählt hätten, ſolite man ſie nicht belangen dürfen [48]). Ob nun gleich dieſe Conſtitution, welche Kr. **Friedrich** I. auf den Roncaliſchen Feldern im J. 1158. promulgirt hat, eigentlich nur für die Italieniſchen Academien, und inſonderheit für Bologna, gegeben war, ſo wurde

47) Man vergleiche hier vorzüglich MURATORII Diſſ. de litterarum fortuna in Italia. (in *Antiquitat. Ital.* Tom. III Diſſ. 44) CONRINGII Antiquitat. academ Diſſ. V. HORATII LUTII CALLIENSIS Tractat. de privilegiis Scholarium. *Patavii 1564. Iac.* MIDDENDORPII academiarum celebrium universi terrarum orbis Libri VIII. *Coloniae* 1602. 8. RICHTER Comment ad Avth. *Habita* Cod. ne filius pro patre. *Lud. Conr.* SMALCALDER Diſſ. de iurisdictione academiarum privilegiaria. *Tubingae* 1734. und **Heumanns** rechtsgegründete Vorſtellung der privilegirten academiſchen, beſonders bey der Univerſität Altdorf hergebrachten Jurisdiction.

48) In der Avth. *Habita* Cod. cit. heißt es: *Verum tamen ſi litem eis quispiam ſuper aliquo negotio movere voluerit, hujus rei optione data Scholaribus, eos coram domino, vel magiſtro ſuo, vel ipſius civitatis Epiſcopo, quibus hanc iurisdictionem dedimus, conveniat. Qui vero ad alium iudicem eos trahere tentaverit, etiamſi cauſa iuſtiſſima fuerit, a tali conamine cadat.* Hanc autem legem inter imperiales Conſtitutiones, ſcilicet ſub titulo, *Ne filius pro patre* etc. inſeri iuſſimus. *Dat. apud Roncalias anno Domini MCLVIII. menſe Novembri.*

de sie doch mit dem Römischen Gesetzbuche, dem sie auf Befehl des Kaisers war einverleibt worden, auch in Teutschland geltend, als gegen das Ende des 14ten Jahrhunderts auch in Teutschland Academien errichtet wurden. Jedoch fällt die den academischen Personen in jener Constitution in Ansehung des Gerichtsstandes verstattete Wahl heut zu Tage weg, indem vielmehr deren competenter Gerichtsstand in der Regel vor dem academischen Gerichte und Senat ist[49]). Dieser academischen Gerichtsobrigkeit sind nun nicht nur alle Professoren, Doctores, Magistri, Exercitienmeister, und Studenten, sondern auch die übrigen unter dem Schutz der Academie stehenden Bürger, z. E. Buchdrucker, Buchhändler, Künstler und Handwerksleute, nicht minder die Subalternen der Academie, nebst deren Frauen, Wittwen, und Kindern, so lang sich dieselben durch Veränderung ihres Zustandes unter kein anderes Form begeben, wie auch das in dem Brode aller dieser Universitätsverwandten stehende Gesinde, unterworfen[50]). In Ansehung der Studenten wird der academische Gerichtsstand begründet, sobald sie die Universität bezogen haben, also nicht erst von der Zeit ihrer Immatriculation an. Es kann sich daher der Stadtmagistrat auf keine Weise einer Jurisdiction über Studenten anmaßen, wenn sie auch gleich

49) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II Specim. LXXVII. med. 1. *Heur.* BALEMANN Diss. epistolar. de iurisdictione academica non proroganda. *Giessae* 1755. §. 19. MALBLANC Orat. de diversis regiminis academici fatis. *Altorfii* 1785. 4. und SMALCALDER cit. Diss. §. 6. et 7.

50) Meisters ausführliche Abhandl. des peinl. Processes in Teutschland. 5. Th. 13. Hauptst. §. 52. S. 707. und MALBLANC Consp. rei iudiciar. §. 128. nr. II. pag. 24.

gleich noch nicht inscribirt sind [51]). Soviel den Umfang des academischen Gerichtszwangs anbetrift, so steht eigentlich nach dem Inhalt der oben angeführten Authentica der academischen Gerichtsbarkeit die Jurisdiction in allen und jeden Sachen ihrer Untergebenen zu, sie mögen Civil- oder Criminalsachen [52]). persönliche oder dingliche Sachen seyn [53]). Da indessen die heutige Observanz nicht überall hierin übereinstimmt, so kommt es freylich hierbey hauptsächlich auf die besondern Privilegien und Statuten einer jeden Academie an [54]). Wenn jedoch unser Verfasser behaupten will, daß der academischen Obrigkeit in peinlichen Sachen weiter nichts, als das erste oder summarische Verhör, keinesweges aber eine eigentliche Criminaljurisdiction zustehe, wenn ihr nicht solche durch ein ausdrückliches Privilegium ertheilt worden sey; so widerspricht diese Meynung wenigstens der Erfahrung, indem, wie auch schon **Meister** [55]) bemerkt hat, in Teutschland wenigstens keine Uni-

51) Meister a. a. O. § 52. Nr. 2. S. 707. MALBLANC c. l. not. k. pag. 246.

52) Meisters Abhandl. des peinl. Processes 4. Th. Hptst. XI. §. 6. S. 414. ff. GERDES de iurisdictione criminali academiis, praesertim Gryphicae, competente. Anderer Meinung ist VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 109.

53) SMALCALDER cit. Diss. §. 27. und Hrn. Geh. Raths Koch rechtliche Gedanken von der Gerichtsbarkeit der Universitäten, besonders der Universität zu Giessen, in realibus. Giessen 1764. 4.

54) Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 584. Danz Grundsätze des gem. ord. bürg. Processes. §. 36. S. 103.

55) Am angef. Orte S. 416.

Universität vorhanden ist, die sich nicht in dem Besitz einer Gattung der Criminalgerichtsbarkeit befinden sollte.

§. 525.

4) Gerichtsstand der Soldaten.

Auch schon in dem römischen Rechte ist IV. den Soldaten das Privilegium ertheilt, daß sie sowohl in Civil- als Criminalsachen ihre eigene militärische Richter haben [56]). Diese militärische Gerichtsbarkeit stand Anfangs den Tribunis oder Praefectis legionum und den legatis consularibus Imperatoris zu [57]), und zwar dergestalt, daß erstere in den Civilsachen und geringern Vergehungen der Soldaten, letztere hingegen in den eigentlichen peinlichen und Capitalsachen derselben die Gerichtsbarkeit ausübten [58]). Nur in der Abwesenheit des legati Imperatoris konnte der Tribun oder Praefectis legionis, insofern er nämlich ein comes primi ordinis war, die peinliche Gerichtsbarkeit über die Soldaten seiner Legion ausüben [59]). Diese militärischen Rich-

56) *L. ult. C. de re militari. L. 29. Cod. de pactis. L. 17. Cod. de iudiciis. L. 6. Cod. de iurisdict. omn. iudicum.* VOET de iure militari liber singularis. *Ultrajecti 1670.* 3. Cap. VII. sqq. BARDILI Diss. de iudicio militari privilegiato.

57) *Flav.* VEGETIUS de re militari Lib. II. cap. 9.

58) Man sehe PANCIROLI Commentar. in Notitiam Dignitatum utriusque Imperii. (*Genevae 1623. f.*) Cap. XXXVI. Pag. 64.

59) VEGETIUS c. l. *Proprius autem iudex erat* PRAEFECTUS LEGIONIS, *habens comitivam primi ordinis dignitatem, qui,* ABSENTE LEGATO, *tanquam vicarius ipsius potestatem maximam retinebat. Tribuni vel centuriones, ceteriqne milites, eius praecepta servabant. — Si miles crimen aliquod admisisset, auctoriate praefecti*

Richter hatten indeſſen nur hauptſächlich in Sachen der Soldaten vom niedern Range (in milites coligatos) die Jurisdiction [60]). Ueber militäriſche Perſonen vom höheren Range, die man milites principales, oder *principia* nannte [61]), und alſo über die Centurionen oder Tribunen ſelbſt, hatten ſich vormals die Kaiſer das ius gladii vorbehalten [62]). Hieraus erklärt ſich nun eine Stelle des Aemilius Macer [63]), wenn dieſer ſagt: Officium *tribunorum* eſt, vel eorum, qui exercitui praeſunt, milites in caſtris continere, eorumque delicta *ſecundum ſuae auctoritatis modum* caſtigare. Allein an die Stelle der legatorum Imperatoris, deren noch unter dem Kr. Alexander Erwähnung geſchieht [64]), wurden nach dieſer Zeit die magi-

fecti legionis deputabatur a tribuno ad poenam. Man vergleiche über dieſe Stelle *Godefr.* STEWECHII Commentar. ad *Vegetium* Lib. I. cap. 23. pag. 78. und Lib. II. cap. 9. pag. 162. (*Veſaliae 1670. 8.*)

60) *L. 9. D. de cuſtod. et exhibit. reor.* Wer dieſe milites caligati ſind, und woher der Name entſtanden, unterſuchen *Guido* PANCIROLUS in Theſauro variar. lection. utriusque iuris Lib. I. cap. 75. und *Barn.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. cap. 5.

61) VEGETIUS de re militari Lib. II. cap. 7.

62) *Iuſt.*. LIPSIUS de militia Rom. Lib. V. Dial. 18. und *Herm.* OOSTERDYK Diſp. ad fragmenta, quae ex *Venuleji Saturnini* libris de officio Proconſulis ſuperſunt. *Traj. ad Rhen. 1755.* Cap. II. § 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. p. 479.)

63) *L. 12. §. 2. D. de re militari.*

64) LAMPRIDIUS in *Alexandro.* cap. 51.

65) VEGETIUS de re militari Lib. II. cap. 9. *Sed* LEGATI IMPERATORIS *ex conſularibus ad exercitus mittebantur, quibus legiones*

ſtri militum ernannt[65]); und obgleich auch die praefecti Praetorio Anfangs noch einen groſſen Antheil an der militäriſchen Gerichtsbarkeit hatten[66]), ſo nahm ihnen doch Kr. Conſtantin der Groſſe das Militärdepartement ganz ab, und übertrug ſolches den magiſtris militum allein[67]). Nun wurde zwar das Privilegium des militäriſchen Gerichtsſtandes dadurch ſehr eingeſchränkt, daß nach der Verordnung des Krs. Conſtantin[68]) die Soldaten in bloßen Civilſachen unter der ordentlichen Obrigkeit des Orts, oder den Rectoren der Provinzen ſtehen ſollten, welches Kr. Arcadius[69]) nachher nochmals unter Androhung gewiſſer Strafen

nes et auxilia univerſa obtemperabant in ordinatione pacis vel neceſſitate bellorum, in quorum locum nunc illuſtres viros conſtat MAGISTROS MILITUM *ſubſtitutos, a quibus non tantum binae legiones, ſed etiam plures numeri gubernantur.* Man ſehe hier vorzüglich STEWECHII Commentar. ap *Vegetium* pag 157.

66) *L. 1. D. de offic. praef. praet* PANCIROLUS in Commentar. cit. cap. XXX. pag. 52. CAMPIANUS de officio et proteſtate Magiſtrat. Romanor. Lib. I. pag. 130.

67) ZOSIMUS Lib II. *L. 1. C. de officio magiſtri milit.* PANCIROLUS c. l. GUTHERIUS de officiis domus auguſtae Lib. II. cap. 3. pag. 266. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. § 103.

68) *L. 2. Cod. Theodoſ. de iurisdict.* Definitum eſt, *provinciarum Rectores in civilibus cauſis litigia terminare, etſi militantes exceperint iurgia vel moverint.* Ne igitur uſurpatio iudicia legesque confundat, aut Iudicibus Ordinariis adimat propriam notionem, ad Provinciarum Rectores transferantur iurgia civilium quaeſtionum. Man ſehe über dieſes Geſetz *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad Cod. Theodoſ. Tom. I. pag. 89. ſq.

69) *L 9. Cod. Theodoſ. eodem tit* Si quis neglectis iudicibus ordinariis, ſine coeleſti oraculo, cauſam civilem ad militare iudicium crediderit deferendam, praeter poenas ante promulgatas, intel-

fen einschärfte. Man machte auch in Ansehung der Verbrechen der Soldaten einen Unterschied, indem vermöge eines allgemeinen Rescripts der Kaiser Sever und Antonin[70]). Soldaten in gemeinen schweren Verbrechen dem foro delicti unterworfen seyn sollten, so daß also der befreyte Gerichtsstand der Soldaten nur noch bey militärischen Verbrechen, oder andern geringern Vergehungen Statt fand[71]). Allein so wie die Kaiser Constan-

intelligat se deportationis fortem excepturum. Nihilominus et advocatum eius decem libris auri condemnatione feriendum.

70) *L. ult. D. de accusationib.* Alterius provinciae reus apud eos accusatur et damnatur, apuod quos crimen contractum ostenditur, *quod etiam in militibus esse observandum, Optimi Principes nostri generaliter rescripserunt.* — *L. 3. pr. D de re militari.* Desertorem auditum ad suum ducem cum elogio Praeses mittet: *praeterquam si quid gravius ille desertor in ea provincia, in qua repertus est, admiserit: ibi enim cum plecti poena debere, ubi facinus admissum est, Divi* SEVERUS *et* ANTONINUS *rescripserunt.*

71) *L. 9. D. de custod. et exhibit. reor.* De militibus ita servatur, ut ad eum remittantur, *si quid deliquerint*, sub quo militabunt. Is autem, qui exercitum accipit, etiam ius animadvertendi in milites caligatos habet. Venul. ius Saturninus, aus dessen *libro I. de officio Proconsulis* diese Stelle genommen ist, scheint zwar ohne Unterschied von allen Verbrechen der Soldaten zu reden. Allein in Vergleichung mit den in der vorhergehenden Note angeführten Stellen, kann hier wohl nur von militärischen oder geringen bürgerlichen Verbrechen der Soldaten die Rede seyn, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 2. Cod. Theodos. de exhibend. et transmitt. reis (Tom. III. pag. 30. *edit Ritter.*) *Iac.* LECTIUS ad *Modestinum* de poenis in L. 3. D. de re milit. (in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 153.) *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. h. t.

tius [72]), Valentinianus und Valens [73]) den Unterschied in Ansehung der Verbrechen der Soldaten aufhoben, und deren Cognition ohne Unterschied, ob es gemeine oder militärische Verbrechen sind, den militärischen Richtern überliessen; so ertheilten insonderheit auch die Kaiser Honorius und Theodosius den magistris militum die Befugniß, in den Civilsachen der Soldaten Recht zu sprechen [74]). Magisteriae potestati, dies sind die Worte ihrer Verordnung, inter militares viros, vel privatum actorem et reum militarem, *etiam civilium quaestionum audiendi concedimus facultatem:* praesertim cum id ipsum de more litigantium esse videatur, constetque militarem reum, nisi a suo iudice, nec exhiberi posse, nec, si in culpa fuerit, coerceri. Nur bey dem Verbrechen des Ehebruchs sollte nach einer Verordnung des Krs. Theodosius [75]) der Soldat sich auf seine militärische Prärogativ nicht berufen

h. t. §. 67. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diss. de delictis extra territorium admissis §. 3. not. d. und PÜTTMANN in Elem. iuris crim. §. 731. bereits bemerkt haben.

72) *L. 2. C. Th. de iurisdict.* In criminalibus etiam causis, si miles poposcerit reum, Provinciae Rector inquirat. Si militans aliquid admisisse firmetur, is cognoscat, cui militaris rei cura mandata est.

73) *L. 1. Cod. de exhib. et transmitt. reis.* Si miles in provincia repertus crimen publicum commiserit, eum Rector provinciae sub custodia constituat: atque ita vel causae meritum vel etiam personae qualitatem ad Magistrum militum referat.

74) *L. 6. Cod. de iurisdict. omnium iudic.*

75) *L. 9. Cod. Theod. ad Leg. Iul de adulter.* Si quis adulterii reus factus, accusatoris mariti forum declinare tentaverit, in hoc non possit eludere nec praerogativa militari defensetur, ibi confestim audiendus, ubi fuerit accusatus.

rufen dürfen. Da jedoch diese Constitution aus dem Justinianeischen Codex weggeblieben ist, so fällt auch diese Ausnahme nach dem neuern römischen Recht weg. Kaiser Anastasius verordnete endlich, daß die Soldaten nur bey ihren ducibus und den magistris militum praesentalium, nicht bey dem magistro per Orientem noch sonst bey einem andern belangt werden sollten [76]). Wenn hingegen die duces oder praefecti castrorum selbst einen Proceß hatten, so mußten diese nach der Verordnung der Kaiser Leo und Zeno [77]) entweder vor dem magistro officiorum oder vor dem magistro militum per Orientem belangt werden. Ob nun gleich diesen militärischen Befehlshabern die Gerichtsbarkeit sowohl in Civil- als Criminalsachen der Soldaten zustand, so erlaubte doch Kr. Justinian [78]) auch den magistratibus Provinciarum, in schweren peinlichen Verbrechen eine Gerichtsbarkeit über die Sol-

76) *L. ult. Cod. de re militari.* Unter den magistris militum, deren mehrere bey den Römern bestellt waren, wurden einige *in praesenti* oder *praesentales* genannt, weil sie sich in comitatu Principis befanden. Deren gab es zwey im Occident, und zwey im Orient. Nur diesen sollte also nach der Verordnung des Krs. Anastasius die militärische Gerichtsbarkeit zustehen. Daher wurde auch das praetorium, worin diese magistri militum die Rechtssachen der Soldaten entschieden, *Praesentum* genennt. Ausserdem waren im Orient noch drey magistri militum, einer *per Orientem*, der andere *per Thracias*, der dritte *per Illyricum*. Man sehe *Guid.* PANCIROLLI Commentar. in Noticiam Dignitatum utriusq. Imp. cap. 30. sqq. und *Ant.* PEREZ Praelect. ad Codicem Lib. XII. Tit. 37. nr. 50—52.

77) *L. 8. Cod de divers. officiis et apparit.*

78) *Nov. VIII. cap. 12. §. 1.*

baten auszuüben. Cum enim magistratus Provinciarum, sagt Justinian, locum maximorum magistratuum obtineant, et in provinciis instar reliquorum omnium Magistratuum sint, et quantum in ipsis est, secundum leges nostras decreta faciant, quis exceptione fori vel simili apud eos uti audeat? Es scheint auch der privilegirte Gerichtsstand der Soldaten in Civilsachen nur insofern von Wirkung gewesen zu seyn, als der Soldat an dem Ort, wo er sich seines Dienstes wegen aufhielt, bey dem ordentlichen Richter dieses Orts belangt wurde [79]). Da nun aber der Soldat das Domicilium, welches er vor der Uebernehmung des Kriegsdienstes hatte, nicht veränderte, sondern während seines Dienstes in den Gesetzen als ein solcher angesehen wird, welcher reipublicae causa abwesend ist [80]); so konnte er in einer bloßen Schuldsache von seinen Gläubigern auch in foro domicilii ordinario bey dem ordentlichen Richter daselbst belangt werden, wenn er nämlich entweder einen Procurator hinterlassen, der seine rechtlichen Angelegenheiten besorgte, oder Güter daselbst hatte, in welche die Gläubiger eine Immission erhalten konnten [81]). Ueberhaupt fiel auch das Privilegium des militärischen Gerichtsstandes bey denjenigen Soldaten weg, welche neben ihrem Dienst noch ein anderes Gewerbe oder Profeßion trieben, und in Ansehung derselben belangt wurden, ob sie gleich übrigens dem militärischen Richter unterworfen blieben [82]).

Heut

79) VOET Comm. h. t. §. 108.

80) *L. 7. L. 34. L. pen. D. ex quib. caus. maiores.*

81) *L. 3. C. de restitut. militum et eorum, qui reipublic. caus. abfunt. L. 6. Cod. eodem. L. 4. Cod de execut. rei iudicatae.*

82) *L. ult. Cod. de iurisdict. omn. iudicum.*

Heut zu Tage steht die Kriegs-Gerichtsbarkeit dem Obersten des Regiments zu, in dessen Abwesenheit der Obrist-Lieutenant oder Obrist-Wachtmeister seine Stelle vertritt[83]). Sie wird mit Zuziehung des Auditeurs ausgeübt, welcher bey den Regimentsgerichten den Prozeß dirigirt, und auch in den bürgerlichen Sachen von geringer Erheblichkeit im Namen des Obristen selbst den Ausspruch thut[84]). Allein in Sachen von Wichtigkeit, besonders in peinlichen Sachen, werden Beysitzer erfordert, welche nach Unterschied der Fälle aus Hauptleuten, Lieutenanten, Fähnrichen, Feldwebeln, zuweilen auch einigen gemeinen Soldaten bestehen[85]). Ob nun gleich der Regiments-Auditeur das Protocoll führt, so kann er doch keinesweges für einen bloßen Gerichtsschreiber gehalten werden, da er nicht nur den ganzen Prozeß dirigirt, und die Beysitzer unterrichten muß, worauf es bey Entscheidung der gegenwärtigen Sache hauptsächlich ankommt, und was diesfalls die Rechte verordnen, sondern auch das Urteil abfaßt, und solches publicirt, und überhaupt im Namen des Obristen alles expedirt, was bey dem Regiment vorfällt, und in die streitige oder willkührliche Gerichtsbarkeit einschlägt[86]). Er übt daher, wie

83) Ludovici Einleitung zum Kriegsproceß 1. Kap. §. 4. u. 5.

84) Ludovici angef. Einleitung Kap. 5. §. 2. Knorrens Anleitung zum Kriegsproceß. 1. Hptst. §. 11. Joh. Gottl. Fried. Kochs allgemeines Europäisches Land- und See-Kriegs-Recht. Tübingen 1777. 8.) 2. Th. 2. B. §. 736.

85) Knorre a. a. O. Kochs Kriegsrecht §. 734.

86) Müllers Kriegsrecht 2. Band (Berlin 1789.) S. 200. ff. Kochs Europ. Kriegsrecht. §. 789. *Io. Wilh. de* GOEBEL Diss. de praetore, quem iustitiarium bellicum, aut *Auditorem* vocant. *Helmst. 1732.*

unser Verf. sagt, eine iurisdictionem mandatum aus. Von dem Regimentsgerichten sind jedoch die Ober- oder General-Kriegsgerichte zu unterscheiden, bey denen der General-Feldmarschal präsidirt, dessen Stelle jedoch auch, besonders wenn die Sache nicht von großer Erheblichkeit ist, ein anderer General vertreten kann[87]). Die Beysitzer werden hier aus den Generalen, General-Lieutenants, General-Majors, Brigadirs, Obristen u. s. w. genommen[88]). Den Proceß dirigirt der General-Auditeur, welcher in diesen Gerichten Sitz und Stimme hat[89]). Unter diesen Gerichten stehen ordentlicher Weise die Generals, Brigadiers, Obristen, Obrist-Lieutenants, Majors, und was zum General-Staabe gehört. Im Verhältniß zu den Untergerichten hingegen machen sie die andere oder höhere Instanz aus, an welche die Sachen der Soldaten, die ihre erste Instanz bey den Untergerichten haben, durch den Weg der Appellation gelangen können[90]).

Den Kriegsgerichten sind nun nicht nur

1) die wirklichen Soldaten unterworfen, welche in Reih und Gliedern stehen, (in numeros relati) sondern auch

2) die Recruten, sobald sie angeworben sind, (lecti tirones) wenn sie gleich noch nicht zur Fahne geschworen haben.

87) Knorrens Kriegsproceß 1. Hptst. §. 4. u. 5.

88) Kochs Kriegsrecht §. 726.

89) GOEBEL cit. Diss. Cap. III. §. 8. et 9. Knorre 1. Hptst. §. 6. und Koch §. 786.

90) Knorrens Kriegsproceß 2. Hptst. §. 2. Kochs Europ. Kriecht. §. 753.

haben. In dem römischen Rechte [91]) wird zwar gesagt: Qui non in numeris sunt, licet etiam lecti tirones sint, et publicis expensis iter faciunt, nondum milites sunt. Debent enim in numeros referri. Allein in dieser Stelle ist blos davon die Rede, wer iure militari testiren könne. Nun folgt nicht, daß diejenigen, welche unter den Kriegsgerichten stehen, auch aller übrigen Vorzüge und Freyheiten der Soldaten theilhaftig seyn müßten [92]). Ferner

3) diejenigen, welche außer den Soldaten bey der Armee oder dem Regimente angestellt sind, nämlich die Feldprediger, Auditeurs, Secretarien, Kriegs-Commissarien, Feldmedici, Feldscherer, Feldapotheker u. d. [93]). Nicht minder

4) diejenigen, welche sonst weiter dem Heerzuge folgen, ob sie gleich keine Gage genießen, als Volontairs, Marquetender [94]) :c. Endlich

5) Soldatenweiber, Kinder, Officierbediente, und Knechte nebst deren Weibern und Kindern [95]). Wenn jedoch die sämmtlichen Truppen ins Feld ziehen, so stehen die in den Garnisonen zurück bleibenden Weiber und Kinder der Soldaten so lange unter den Civilgerichten des Orts, wo

91) *L. 42. D. de testam. milit.*

92) Ludovici Kriegsproceß Kap. 2. §. 10. Knorrens Kriegsproceß 2. Hptst. §. 1. und §. 3.

93) Ludovici Kap. II. §. 8. u. 9. Koch §. 952.

94) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim LXXV. medit. 11. Knorrens Kriegsproceß 2. Hptst. §. 1. u. 2.

95) Knorre Hauptst. 2. §. 12. Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts §. 585. S. 83.

wo sie sich aufhalten, bis die Truppen wieder zurück kommen, und es sind alsdann nur diejenigen Soldatenweiber den Kriegsgerichten unterworfen, welche der Armee folgen [96]). Auch die Wittwen der Soldaten, die im Dienst verstorben sind, behalten den Gerichtsstand ihrer Männer so lang, bis sie ihren Stand verändern [97]).

Wäre Jemand, ehe er noch in den Soldatenstand getreten, vor einem andern Gericht belangt, oder wegen eines Verbrechens zur Untersuchung gezogen worden, so muß die Sache da, wo sie einmal anhängig ist, zu Ende gebracht und entschieden werden, und das Privilegium des militärischen Gerichtsstandes findet in Ansehung der streitigen Sache wegen der litispendenz nicht Statt. **Ulpian** [98]) sagt dieses ausdrücklich: Si quis, so lauten die aus *libro 7. ad Edictum* genommenen Worte: postea quam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse caeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit, quasi praeventus. Eben diese Entscheidung geben die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** [99]), wenn sie sagen: Qui libellum accepit, etiamsi in aliud officium translatus sit, miles forte vel clericus factus, respondeat omnino in primo foro, quod secundum primam eius conditionem censetur competens, nullam habens fori praescriptionem. Und was insonderheit die Verbrechen anbetrift, so sagt **Paulus** *libro*

96) Gnügens Kriegsrecht §. 725. not. g. Kochs Europ. Kriegsrecht. §. 757.

97) Gnüge §. 725. not. h. i. Knorre a. a. O. §. 12. *de* CRAMER Observation. iur. univ. Tom. III. Obs. 960.

98) *L. 7. D. de iudiciis.*

99) *L. 4. §. 1. C. de in ius voc.*

libro 5. Sententiarum[100]): Qui metu criminis, in quo iam reus fuerat postulatus, nomen militiae dedit, statim sacramento solvendus est. Was hier in Ansehung der Verbrechen gesagt ist, findet auch Statt, wenn Jemand um eines Processes willen bloß in der Absicht Kriegsdienste genommen hat, um dem Kläger die Sache zu erschweren. Hier soll dem Soldaten, wie in jenem Falle, da er in der Absicht, um der Strafe zu entgehen, sich hat anwerben lassen, der Abschied gegeben werden. Non omnis, sagt Arrius Menander[1]) *libro I. de re militari*, qui litem habuit, et ideo militaverit, exauctorari iubetur; *sed qui eo animo militiae se dedit, ut sub obtentu militiae pretiosiorem se adversario faceret.* Nur in dem Falle soll, nach einem gewissen Rescript des Krs. Trajan, keine Ablieferung an das vorige Criminalgericht geschehen, wenn Jemand wegen eines Capitalverbrechens bereits angeklagt wäre, und derselbe blos in der Absicht Kriegsdienste angenommen hätte, um sich dem Gericht und der verwirkten Strafe zu entziehen. In diesem Falle soll das militärische Gericht den Soldaten selbst mit der verwirkten Strafe belegen[2]).

Daß auch beurlaubte Soldaten ihren befreyten Gerichtsstand beybehalten, ist außer Zweifel[3]), wofern nicht Pro-

100) *L. 16. D. de re militari.*

1) *L. 4. §. 8. D. de re militari.* Man sehe *Celest.* MIRBELLI Commentar. ad fragmenta legum *Arrii Menandri* de re militari pag. 39. sqq. (*edit. Lipsiens. 1752. 4.*)

2) *L. 4. §. 5. D. de re milit. Io Aug.* BACHII Trajanus s. de legibus Trajani Imp. Commentar. pag. 195. und MIRBELLI Commentar. cit. ad fragmenta *Arrii Menandri* pag. 33.

3) Quistorps Grundsätze des P. R. 2. Th. §. 585. S. 88. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 397. All.

Provinzialgesetze, wie z. B. in Churſachſen, eine Ausnahme machen [4]). Verabſchiedete Officiere und Soldaten hingegen können auf einen befreyten Gerichtsſtand keinen weitern Anſpruch machen, ſondern ſind ſowohl in Criminal- als Civilſachen der ordentlichen Obrigkeit des Orts unterworfen, den ſie zu ihren Wohnſitz erwählt haben [5]); inſofern nicht etwa die beſondern Landesgeſetze, wie dies z. B. in den Hannöverſchen Landen in Anſehung der in Penſion ſtehenden Ober-Officiere der Fall iſt [6]), ein anderes verordnen. Jedoch bleibt auch der verabſchiedete Soldat in Rückſicht der Rechnungsablegung, die ihm wegen ſeines geführten Militärdienſtes noch obliegt, allerdings dem militäriſchen Gericht unterworfen [7]).

Die Gerichtsbarkeit der militäriſchen Gerichte iſt übrigens bloß in Perſonalſachen der denſelben unterworfenen Per-

Allgemeines Geſetzbuch für die Preuß. Staaten 2. Th. 10. Tit. §. 9. u. 10.

4) PÜTTMANN Comm. de foro militum extraordinario, in Deſſelben Adverſar. iur. univ. Lib. II. cap. 19. pag. 163. PUFENDORF Proceſſ. crim. Luneb. Cap. V. §. 12. pag. 13. *Io. Chriſt.* GREILICH Diſſ. de competentia iudicis ordinarii in puniendis militum delictis. *Gieſſae 1762.*

5) *L. ult. Cod. de Veteran.* MEVIUS P. III. Deciſ. 72. Ludovici Kriegsproceß Kap. 2. §. 26. Quiſtorp in den angef. Grundſätzen 2. Th. §. 585. S. 89.

6) Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 1. Band Nr. XXXI. Knorrens Kriegsproceß, 2. Hptſt. §. 13.

7) *L. 2. Cod. Ubi de ratiocin.*

Personen begründet [8]). Werden wider einen Soldaten solche Klagen angestellt, die aus einem dinglichen Recht entstehen, so müssen sie in foro rei sitae angebracht werden, obgleich die Citation durch Requisition der Kriegsgerichte geschehen muß [9]). In Ansehung der Personalsachen der Soldaten ist jedoch kein Unterschied, sie mögen Civil- oder Criminalsachen seyn. Es gehören auch nicht bloß die Rechtsstreitigkeiten der Soldaten, vorausgesetzt, daß sie immer die Beklagten sind, vor die Kriegsgerichte, sondern auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, z. B. wenn wegen eines Kaufs, Anlehns oder andern Contracts die gerichtliche Bestätigung gesucht wird, oder wenn Testamente und Codicille übergeben werden [10]). In Ansehung der Criminalsachen der Soldaten ist zwar unser Verf. der Meynung, daß ein Soldat in gemeinen Verbrechen, die auf seinen Stand keinen besondern Bezug haben, das gemeine forum delicti anerkennen müsse, und in diesem Falle die ordentliche Obrigkeit nicht schuldig sey, den Delinquenten auszuliefern. Allein wenn sich diese Meynung auch aus dem römischen Rechte erweisen ließe [11]); so ist sie doch dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht gemäß, nach welchem Sol-

8) Knorre 3. Hptst. §. 10.

9) Ludovici Kriegsproceß Kap. 3. §. 7. Knorre 2. Hptst. § 9.

10) Knorrens Kriegsproceß 3. Hptst. §. 11. Kochs Kriegsrecht. §. 768.

11) *Herm.* OOSTERDYK Diss. ad fragmenta, quae ex *Venuleji Saturnini* libris de officio Proconsulis supersunt. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 475.) *Ant.* MATTHAEI de criminib. Lib. 48 Tit. 13. n. 12.

Soldaten in allen Verbrechen, ohne Unterschied, sie seyen Kriegs- oder gemeine Verbrechen, bloß vor ihren Kriegsgerichten stehen [12]). So viel endlich die geistlichen Sachen der Soldaten anbetrift, so können sich zwar in katholischen Ländern die Kriegsgerichte keiner Entscheidung in solchen Sachen anmaßen, sondern diese gehören ausschließlich vor die geistlichen Gerichte. Allein da den evangelischen Landesherrn die Kirchengewalt in ihren Ländern zusteht, so hängt es lediglich von ihrer Willkühr ab, ob sie die Cognition der geistlichen Sachen den Kriegsgerichten überlassen, oder dieselben an die ordentlichen Consistorien verweisen, oder auch eigene Kriegs- und Feld-Consistorien errichten wollen [13]).

§. 526.

5) Gerichtsstand der fürstlichen Minister, Räthe, und Hofbediente.

Nicht minder genießen V. landesherrliche Räthe und andere öffentliche Staatsbediente, so wie auch insonderheit die zum Hofstaat gehörige Personen eine Befreyung vom gewöhnlichen Gerichtsstande. Erstere stehen unter den höhern Gerichten des Landes, jedoch gilt dies eigent-

12) Reichsabsch. von 1641. §. 47. Ludovici Kriegsproceß Kap. 3. §. 10. u. 11. LEYSER Specim. LXXV. medit. 9. et 10. *de* BOEHMER Observat. select. ad Carpzovium Qu. CX. Obs. 15. Knorre im Kriegsproceß 3. Hptst. §. 12 — 14. Joh. Gottl. Laurenz Abhandl. von der Jurisdiction gegen verbrechende Soldaten. Gotha 1742. Kap. 5. Westphals Criminalrecht Anmerk. 115. §. 2. Quistorps Grds. des peinl. Rechts 2. Th. §. 585. S. 87. AYRER Diss. de foro militis delinquentis *Goett. 1762.* Kochs Kriegsrecht §. 770. MALBLANC Conspect. rei iudiciar §. 129.

13) Knorrens Kriegsproceß 3. Hptst. §. 1.

eigentlich nur von wirklichen Räthen und Staatsbeamten [14]). Bloße Titular-Bediente, die kein öffentliches Amt bekleiden, haben eigentlich keinen befreyten Gerichtsstand, sondern sind dem gemeinen Gerichtszwange des Orts unterworfen, wo sie wohnen [15]); insofern ihnen nicht durch die besondern Gesetze des Landes, wie z. B. in den preußischen Staaten [16]), eine Exemtion von demselben ertheilt worden ist. In Ansehung ihrer liegenden Grundstücke sind sie jedoch dem foro rei sitae unterworfen, wofern nicht die Landesgesetze die ihnen verliehene Gerichtsbefreyung auch hierauf erstreckt haben [17]).

Soviel hingegen die zum Hofstaat gehörigen Personen und Hofbediente anbetrift, so stehen dieselben unter dem Hofmarschallamte. Dieses übt die ihm zustehende Gerichtsbarkeit mit Zuhiehung einiger anderer Hofleute und eines oder etlicher Rechtsgelehrten, nicht nur in Dienstsachen, sondern gewöhnlich auch in andern Personalsachen der Hofdienerschaft aus, so weit solche summarisch ver-

14) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. LXXIX. medit. 1. et 2. Martins Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes §. 35. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 394.

15) *Frid. Es. a* PUFFENDORF Animadvers. iuris Nr. XV. §. 3. pag. 30. Quistorp Grds. des peinl. Rechts. 2. Th. §. 586. Anderer Meinung sind jedoch KRESS de iure officiorum et officialium Cap. IV. §. 5. pag. 78. sq. und Meister im Peinlichen Proceß 5. Th. 13 Hptst. §. 54. S. 715.

16) Allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 53.

17) RICCIUS von Stadtgesetzen 2. Buch 13. Hptst. §. 8.

verhandelt werden können [18]). Wenn sich hingegen in peinlichen oder bürgerlichen Sachen der Hofbedienten ein Fall zum ordentlichen Proceß qualificirt, so muß das Hofmarschallamt, nach geendigter erster Untersuchung, selbige an dasjenige Collegium gelangen lassen, wohin die Sache ihrer Natur nach gehört [19]). Stirbt ein Hofbedienter, so steht dem Hofmarschallamte die Obsignation und Inventur des Nachlasses zu. Es kann auch die über die Erbschaft etwa entstehenden Streitigkeiten entscheiden, oder wenigstens zum Spruch instruiren. Auch die Wittwe und Kinder des Verstorbenen bleiben wenigstens so lange unter dem Forum des Hofmarschallamts, bis sie eine eigene und zwar eine solche Lebensart erwählt haben, die sie einem andern Gerichtszwange unterwirft, und dieses besorgt daher auch die Vormundschaft der Unmündigen, insofern nicht nach der Verfassung des Landes die Vormundschaftssachen einer besondern Gerichtsbehörde angewiesen sind [20]). Ueberhaupt kommt es jedoch bey Bestimmung der Gränzen der Hofmarschallamtsgerichtsbarkeit hauptsächlich auf die Hofordnungen, Gesetze, und Observanz eines jeden Landes an [21]).

Ergän-

18) *Io. Ant.* KÜHN Diss. de iurisdictione mareschallorum. S. R. I. *Erfordiae 1738.* Carl Friedr. von Moser teutsches Hofrecht 2. Band 12. Buch 2. Kap. §. 1. 13—15. MALBLANC Conspect. rei iudiciariae §. 130. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. VII. Obs. 730.

19) Moser a. a. O. §. 16.

20) Moser a. a. O. §. 6. u. 7. S. 808.

21) Moser §. 12. und MALBLANC cit. loc. pag. 250.

Ergänzung.

Außer den von unsern Verf. angeführten befreyten Gerichtsständen giebt es noch einige andere, die hier ergänzt werden müssen. Einen privilegirten Gerichtsstand sowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen genießen auch

VI. alle zu den beyden höchsten Reichsgerichten gehörige Personen sammt ihren Frauen, Kindern, und Hausgesinde, welche bekanntermaßen nicht dem gemeinen Gerichtsstande des Orts, sondern, gleich andern Reichsunmittelbaren Personen, nur demjenigen höchsten Gerichte, dessen Mitglieder sie sind, oder vor welchem sie Sachen, die vor die Reichsgerichte gehören, persönlich betreiben, und keinem andern Gerichtszwange, unterworfen sind [22]). Denn so werden

1) die Cammergerichtspersonen nebst ihren Frauen, Kindern und Domestiken, so wie auch die sich am Siß des Cammergerichts aufhaltende Practikanten, Partheyen, und Sollicitanten, durch besondere Reichsgesetze ausdrücklich von jedem andern Gerichtszwange freygesprochen, und stehen daher bloß unter der Gerichtsbarkeit des Cammergerichts [23]). Bey diesem höchsten Gerichte sind demnach nicht nur alle und jede Klagen wider Cammeralpersonen,

22) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Band Deduct. I. §. 3. nr. 8. ff. S. 5. f.

23) Concept der Cammer Ger. Ordn. Th. I. Tit. 63. §. 1. Reichsabsch. von 1654. §. 141. Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung. 1. Th. §. 147. S. 267. ff. von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 115.

auch aus solchen Geschäften, welche von denselben außer dem Ort des Gerichts anderswo contrahirt worden sind, anzustellen [24]), nur diejenigen Realklagen ausgenommen, welche in Rücksicht auf Grundstücke, die unter einer landesherrlichen Gerichtsbarkeit, außer dem Orte des Gerichts, liegen, als welche auch bey andern Provinzialdikasterien angebracht werden können [25]); sondern es können auch die Verbrechen derselben nur allein von dem Reichs-Cammergericht zur Untersuchung und Bestrafung gezogen werden. Haben solche Personen in einem Reichsständischen Territorium delinquirt, so wollen sich zwar in solchen Fällen die Reichsstände einer Jurisdiction über sie anmaßen, allein das Cammergericht hat auch in diesen Fällen seine privilegirte Gerichtsbarkeit soweit, als möglich, geltend zu machen gesucht [26]). Von dieser ausschließenden Gerichtsbarkeit des Cammergerichts sind auch die Kanzleypersonen nicht ausgenommen [27]), obgleich dem Reichs-Erzkanzler in Ansehung der Amtsführung derselben das Recht der Aufsicht, der Untersuchung und Bestrafung, welche auch bis zu einer Dienst-

24) TAFINGER Institut. iurisprud. cameral. §. 458.

25) Moser von der teutschen Justizverfassung Th. II. S. 587.

26) Malblank in der angeführten Anleitung 1. Th. §. 149. S. 277. ff.

27) C. G. O. Th. I. Tit. 26. §. 5. Concept der C. G. O. Th. I. Tit. 39. §. 6. 11. 12. *Io. Steph.* PÜTTER Diss. de foro delinquentis officialis Cancellariae in supremo Camerae Imp. iudicio. *Goettingae 1762.* (in desselben *Opuscul. rem. iudiciar. Imp. illustr.* Nr. X. p. 396. sqq.) Mosers Staatsarchiv B. II. 1754. S. 96. ff. und Malblank in der angef. Anleitung 1. Th. §. 147. nr. II. S. 269. ff.

Dienstentsetzung erstreckt werden kann, zusteht [28]). In Ansehung der geistlichen und Ehesachen ist jedoch zu bemerken, daß die katholischen Cammeralpersonen unter der Erzbischöflich-Trierischen Gerichtsbarkeit, die evangelischen aber unter dem evangelischen Theil des Cammer-Collegiums stehen, welchem hierin die Consistorialrechte zukommen [29]). Daß übrigens Practikanten, Partheyen und Sollicitanten diesen befreyten Gerichtsstand nur während ihres Aufenthalts am Sitz des Cammergerichts, und wegen der daselbst contrahirten Handlungen genießen, sofern sie zur Zeit der angestellten Klage daselbst betroffen werden, versteht sich von selbst [30]). Nicht minder privilegirt sind

2) die zum Reichshofrathe gehörige Personen, über welche, so wie über deren Frauen, Kinder, und übrige in deren Kost und Brod stehende Secretäre, Schreiber, Diener und Domestiken, der Reichshofrath die ausschließende Gerichtsbarkeit ausübt [31]). Nur die Kanzleypersonen stehen unter der Gerichtsbarkeit des Churfürsten von Mainz, und seines Stellvertreters des Reichsvice-

28) Mohl System der Gerichtsbarkeit des kaiserlichen und Reichs Cammergerichts §. 97.

29) Mosers teutsche Justizverfassung 2. Th. S. 586. TAFINGER Institut. iurisprud. cam. §. 460. Malblank a. a. O. §. 150. S. 279. f. Mohl a. a. O. §. 98. von Berg im angef. Grundriß §. 115.

30) BLUM Proceff. Camer. Tit. 26. §. 27. Moser a. a. O. S. 575. Malblank a. a. O. §. 147. nr. IV. S. 275.

31) Reichshofr. Ordn. Tit. 1. §. 8. K. Wahl Capit. Art. 25. §. 7. Malblank angef. Anleitung zur Kenntniß der teutschen Gerichtsverf. 3. Th. §. 72.

kanzlers [32]). Der privilegirte Gerichtsstand der reichshofräthlichen Personen ist nun nicht nur in Amtssachen, sondern auch in allen andern Personalsachen derselben, sie seyen bürgerliche oder peinliche, gegründet [33]). Dieses höchste Gericht veranstaltet auch die Publikationen der von gedachten Personen hinterlassenen Testamente, die Obsignationen und Inventur ihrer Erbschaften, die Erbtheilungen, so wie die Bestellung und Führung der Vormundschaften über ihre Kinder [34]). Soviel jedoch die geistlichen und Ehesachen dieser Personen antrift, so werden die der katholischen Reichshofrathspersonen an die Erzbischöfliche Stelle verwiesen, die der evangelischen aber vor dem Reichshofrathe verhandelt [35]). Es ist auch noch zu bemerken, daß alle außerordentliche Ständische Agenten, welche zum Reichshofrathe bevollmächtiget sind, mit ihren Angehörigen [36]), desgleichen alle und jede am Orte des Reichshofraths sich aufhaltende Partheyen hohen und niedern Standes nebst ihren Angehörigen [37]), so wie nicht minder alle Abgeordnete, Deputirte und

32) Moser von der T. Justizverf. Th. 2. S. 101. Malblank Anleitung 3. Th. §. 184.

33) Malblank a. a. O. §. 74. S. 173. f.

34) Wahlcapit. Art. 25. § 6. 7. Mosers Justizverf. 2. Th. S. 83. Pütters auserles. Rechtsfälle 1. Th. Deduct. I. §. 4. u. 5.

35) Mosers Justizverf. Th. 2. S. 181. Malblank a. a. O. §. 74. nr. III. S. 174.

36) Mosers Abhandl. verschiedener Rechtsmaterien. 2. St. S. 516.

37) Mosers T. Justizverf. Th. 2. S. 146.

und Sollicitanten, auch Bothen der Partheyen samt ihren Angehörigen den nämlichen Gerichtsstand haben [38]).

VII. Auch die Gesandten der teutschen Reichsstände können, solange sie diese Qualität behaupten, nicht bey den Gerichten des Landes, wohin sie geschickt worden sind, belangt werden, sondern sie erkennen, nebst ihrem Gefolge, nur den sie sendenden Principal als ihren Richter an [39]). Ein gleiches gilt von denjenigen Gesandten, welche sowohl auf den Reichs- und Creistagen sich befinden, als auch an dem kaiserlichen Hofe accreditirt sind. Denn wenn gleich in Ansehung der letzteren die Sache ehemals sehr streitig war, indem Theils das kaiserliche Hofmarschallamt, theils der Reichshofrath die Jurisdiction über sie auszuüben verlangte [40]); so ist doch nun der ganze

38) Moser Th. 2. S. 164. Malblank Anleitung 3. Th. §. 72. S. 168. f.

39) *Corn. van* BYNCKERSHOEK Diss. de foro competente legatorum. (Tom. II. *Oper.* p. 121. sq.) Christ. Heinr. von Römer Versuch einer Einleitung in die Grundsätze über die Gesandtschaften, und die ihnen zukommenden Rechte. 13. Abschn. S. 312. ff. und Gc. Fried. von Martens Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht 7. B. 5. Hptst. §. 213. ff.

40) Carl Fried. Treitschke Versuch einer Bestimmung und Beantwortung der Frage: Ob die am kaiserlichen Hofe residirenden Reichsständischen Gesandten der Gerichtsbarkeit des Reichs-Hofraths unterworfen sind? Leipzig 1777. 8. Mosers Abh. erwiesene Freyheit der Reichsständischen Gesandten von der Reichshofräthlichen Jurisdictionssperre. (In den Abhandl. verschiedener Rechtsmaterien St. 2. S. 554. f.) und Malblank in der angef. Anleitung 3. Th. §. 73.

Streit bekanntermaßen durch die Wahlcapitulation zum Vortheil der Reichsstände entschieden, indem es darin ausdrücklich heißt [41]): daß auch der Stände Gesandten, Residenten, Geschäftsträger und Angehörige, die nicht besonders bey dem Reichshofrathe zu allda anhängigen Processen legitimirt sind, von aller Jurisdiction nicht nur des Hofmarschallamts und aller erbländischen Gerichtsstellen, sondern auch des Reichshofraths gänzlich befreyet seyn und verbleiben sollen. Machen sich jedoch Gesandte eines Verbrechens gegen den Staat oder dessen Regenten schuldig, von dem sie als Gesandte angenommen sind, so kann ohne Zweifel gegen sie, sofern von Seiten ihres Principals keine Genugthuung vermittelt wird, als Feinde verfahren werden [42]). Es ist dies eine erlaubte Selbsthülfe, die sich auf die Pflichten gründet, welche jeder Regent seiner Selbsterhaltung, und der Erhaltung seines Staats schuldig ist [43]).

Noch läßt sich der Fall denken, daß ein Gesandter für seine Person bereits vor Annehmung des Gesandschaftspostens Unterthan des annehmenden Staats und Regenten gewesen. Hier ist nun zwar soviel gewiß, daß derjenige Regent, welcher seinen Unterthan, als den Gesandten eines andern Staats, an seinem Hofe an und aufnimmt, ihm dadurch

41) *Art. XXV.* §. 7.

42) Jägers Abhandl. Ob ein Souverain berechtiget sey, fremde Gesandten arretiren zu lassen? (in Schotts juriſt. Wochenblatt. 1. Jahrg. S. 157. ff.) PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 744. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 393. Danz. Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Processes §. 34. S. 95.

43) von Römer Gesandtschaftsrecht. 13. Achschn. §. 7. 8. u. 28.

durch noch keineswegs eine Gerichtsbefreyung in Absicht seiner Privathandlungen zugestehe, folglich derselbe in Ansehung dieser Handlungen seinen vorigen Gerichtsstand unverändert behalte [44]). Allein da der Gesandte nach seinem wesentlichen Character den ihn sendenden Staat repräsentirt, so kann sich doch die Gerichtsbarkeit des annehmenden Regenten auf keinen Fall über die gesandtschaftlichen öffentlichen Handlungen selbst erstrecken, weil die Gerichtsfreyheit in Beziehung auf seine öffentlichen Handlungen von dem wesentlichen Character eines Gesandten unzertrennlich ist [45]). Eben dies gilt auch von dem Falle, wenn der Gesandte die Gerichtsbarkeit des annehmenden Regenten freywillig anerkennt, welches ihm in Absicht seiner Privatverhältnisse allerdings freysteht [46]). Da übrigens den Gesandten nur *vi admissionis* das Recht zusteht, daß sie als unabhängig von der obersten Gewalt des Staats, bey welchem sie sich befinden, betrachtet werden [47]); so folgt hieraus, daß ihnen in allen andern Staaten, wo sie nicht als Gesandte angenommen sind, sondern nur durchreisen, oder sich sonst aufhalten, eine solche Exterritorialität, wie jene Eigenschaft der Gesandten genennt wird, keinesweges zustehet, sondern sie sind vielmehr mit ihrem Gefolge, eben so wie jeder andere, die besondern Gerichtsstände, z. B. des begangenen Verbrechens, des geschlossenen Contracts, des

44) v. Römer a. a. O. §. 16.

45) von Römer a. a. O. §. 10. u. 11. Kleins Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft §. 588.

46) von Römer a. a. O. §. 17—20.

47) *Lud. Conr.* SCHROEDER Elem. iur. natur. social. et gent. §. 1108.

angelegten Arrestes u. s. w. anzuerkennen schuldig [48]). Endlich hat auch

VIII. der Adel einen privilegirten Gerichtsstand. Denn soviel

1) den unmittelbaren Reichsadel anbetrift, so steht derselbe unter den höchsten Reichsgerichten [49]). Wird ein Reichsritter von einem Reichsunmittelbaren belangt, so hat er sich auch der Austrägal-Instanz zu erfreuen, nämlich er darf entweder drey Fürsten, oder Fürstenmäßige, von denen er gerichtet seyn will, dem Kläger vorschlagen, der hieraus einen zu erwählen hat, oder er kann sich vom Kaiser eine Commißion zu rechtlicher Erörterung der Sache ausbitten [50]). Wird er hingegen von einem Mittelbaren belangt, so steht es dem Kläger frey, ob er ihn vor dem Orts-Directorium, oder sogleich in erster Instanz vor den höchsten Reichsgerichten in rechtlichen Anspruch nehmen will [51]). Sehr streitig ist es jedoch, ob ein Reichsunmittelbarer von Adel, wenn er in einem Reichsständischen

48) Quistorps Grds. des Peinl. Rechts §. 582. S. 83. und Danz. Grds. des gemeinen ordentl. Processes §. 34. S. 95.

49) *Iof. Mar.* SCHNEIDT Diss. de foro et instantiis nobilitatis immediatae germanicae in causis civilibus. *Wirceburgi 1790.* und Hn. Hofr. Klübers kleine juristische Bibliothek 6. Band Nr. LXXXVI. S. 375. ff.

50) Cammerger. Ordn. Th. 2. Tit. 5.

51) *L. B. de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 212. SCHNEIDT cit. Diss. Sect. II. §. 28. et 29. und Joh. Ge. Kerner allgemeines positives Staatsreichsrecht der unmittelbaren freyen Reichsritterschaft (Lemgo 1789. 8.) 1. Abschn. §. 7. S. 73. f.

dischen Territorium ein Verbrechen begeht, dem foro delicti unterworfen, oder ob dem Reichshofrath die Gerichtsbarkeit zuständig sey? Die Reichsstände behaupten das erste, die Ritterschaft und der Reichshofrath aber das letztere. Die Gründe beyder Theile haben Kreß[52]), Meister[53]), und Malblank[54]) angeführt. Die nähere Erörterung derselben liegt jedoch außer den Gränzen dieses Commentars[55]). Soviel ist indessen ausser Zweifel, daß wenn ein Reichs-Ritter in den Diensten eines andern Reichsstandes stehet, und in Ansehung seines Amts ein Verbrechen zu Schulden kommen läßt, derselbe von seinem Herrn zur Verantwortung gezogen, und bestraft werden könne[56]).

2) Der landsäßige Adel hingegen steht wegen seiner Person der Regel nach in erster Instanz unter den Obergerichten des Landes[57]). Es kommt zwar freylich immer

52) Diss. de variis iurisdict. crim. in Germania generibus Obs. 5. §. 3—5.

54) Ausführl. Abhandl. des Peinl. Processes 3. Th. 10. Hptst. §. 39—42. S. 384. ff.

55) Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung 4. Th. §. 77. S. 316. ff.

55) Man vergleiche übrigens Kerners angef. Staatsreichsrecht der unmittelbaren freyen Reichsritterschaft 2. Abschn. §. 29 Siebenkees Beyträge zum teutschen Recht 4 Th. Nr. III. § 16. S. 128. Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis §. 323.

56) Quistorps Grds. des peinl. Rechts 2. Th. §. 582. Danz Grds. des bürg. Processes §. 34. S. 98.

57) Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts §. 394. Grollmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 43. S. 52.

immer zunächst auf die besondere Verfaßung, und die eigenthümlichen Gesetze eines jeden Landes an [58]). Die Vermuthung streitet jedoch stets für die persönliche Schriftsäßigkeit des Adels, wovon der Grund in dem altteutschen Princip bey der Gerichtsverfassung liegt, daß ein jeder von seines Gleichen gerichtet werden müsse [59]). Aus eben dem Grunde sind auch die Güter des Adels in der Regel für schriftsäßig zu halten, obgleich in manchen Provinzen Teutschlands Ausnahmen davon Statt finden [60]).

§. 527.

Justiz-Collegien.

Nicht immer ist der Richter eine einzelne Person; das Gericht kann auch aus mehreren Hauptpersonen bestehen, die ein Collegium formiren. In diesem Falle werden die richterlichen Geschäfte unter dem Vorsitz eines Directors oder Präsidenten mit gemeinschaftlicher Ueberlegung vorgenommen, und nach der Stimmenmehrheit der Beschluß gefaßt. Es entstehen hierbey folgende Fragen:

I. Wie ist die Stimmenmehrheit zu berechnen, wenn die Mitglieder des Collegiums verschiedener Meynung sind?

In

58) Meisters ausführl. Abh. des peinl. Processes 5. Th. 13. Hptst. §. 51. S. 704. ff.

59. *Io God.* BAUER Diss. de Schriftsassiatu personali. (in *Opuscul.* Tom. I. pag. 463.) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 4. Band §. 394. In Sachsen wird im Zweifel die Amtssäßigkeit vermuthet. S. Riccius vom Landsäßigen Adel in Teutschland 2 Th. Kap. 19. §. 26. S. 393. *a* WERNHER Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 17.

60) Runde in den anzef. Grundsätzen §. 409.

In der Regel entscheidet diejenige Anzahl, welche mehr als die Hälfte des ganzen Collegiums ausmacht. Besteht also das Collegium aus zehn Richtern, so müssen wenigstens sechs übereinstimmen, wenn die Sache durch die Stimmenmehrheit für entschieden gehalten werden soll. Diese Regel findet nun zwar in dem Falle nicht die mindeste Schwierigkeit, da nur zwey verschiedene Meynungen von ungleicher Zahl an Stimmen vorhanden sind. Denn hier sagen klare Gesetze, daß diejenige Meynung entscheide, welche die mehresten Stimmen für sich hat. Tres iudices si adsint, sagt Celsius [61]), et unus contra sentiat, statur duorum sententiae. Allein wie wenn drey, oder noch mehrere verschiedene Meynungen wären geäußert worden, und eine jede derselben ihre Anhänger gefunden hätte, ist hier die Stimmenmehrheit auch nach der grössern Anzahl aller Mitglieder des Collegiums, oder nur derer, welche einerley Meynung haben, zu berechnen? Dies ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Das römische Recht enthält hierüber keine Entscheidung. Cujaz [62]) glaubt daher, diejenige Meynung mache die Majorität aus, welche mehr Stimmen hat, als eine von den übrigen, wenn auch diese Stimmenmehrheit nicht gerade die maiora des ganzen Collegiums enthielte. Si ex septem iudicibus, sagt er, tres capite puniant, duo pecunia, duo exilio, gravior sententia, quae capite punit, cum sit potior numero duabus singulis, meo iudicio, magis obtinere debet. Nam quoties impares sententiae sunt, necesse est minoris numeri voces,

61) *L. 39. D. de re iudicata.* *Tob. Iac.* REINHARTH select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. I. Obs. 9.

62) Observat. iur. Rom. Lib. XII. cap. 16.

ces, etiamsi eae sint forsitan honore vel aequitate maiores, cedere numero maioribus. Allein mit Recht hat schon Struben [63]) dagegen erinnert, daß Urteile die maiora des Collegiums erfordern, und hierzu eine blos relative Stimmenmehrheit nicht hinreiche; und dieses ist auch der Analogie des kanonischen Rechts gemäß [64]) Wenn also von sechs Richtern drey den Beklagten verurtheilen, zwey ihn lossprechen, und einer erst auf Beweis erkannt wissen will, so ist noch keine Majorität vorhanden, um den Beklagten zu verurtheilen; sondern dazu wird erfordert, daß wenigstens vier von den Gerichtsbeysitzern auf die Verurtheilung des Beklagten gestimmt haben müssen, wie Herr von Ludolff [65]) und Estor [66]) gründlich bemerkt haben. Bleiben also die Votanten bey ihrer Meynung, so muß, um zu einer gewissen Entscheidung zu gelangen, entweder dem Landesherrn von der Sache Bericht erstattet, oder es müssen die Acten verschickt werden [67]).

II. Was ist im Falle einer Stimmengleichheit Rechtens, inwiefern kann hier ein Beschluß gefaßt werden? Unser Verf. sagt, der Director oder Präsident des Gerichts habe in solchem Falle gewöhnlich das Decisiv-Votum*). Allein

63) Rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. LXXI. §. 2.

64) *Cap. 48. X. de elect. et electi potest.* Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 3. Th. §. 306.

65) Observation. for. Tom. III. Obs. 300. Coroll. II. pag. 572. sq.

66) Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses 3 Th. §. 307. Man sehe auch *Ant.* FABER Cod. definition. for. Lib. I. Tit. VII. Definit. 3. pag. 72.

67) *Casp.* ZIEGLER Dicastice Conclus. XLII. §. 22. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 71. §. 2. S. 263.

*) Eben so Elsäßer in der Theorie der Kanzleypraxis §. 23.

lein als Regel läßt sich dies nicht behaupten, sondern findet nur denn Statt, wenn es die gesetzliche Verfassung des Collegiums mit sich bringt. So hat z. B. beim Reichshofrathe der Präsident ein entscheidendes Stimmrecht, wenn sich nach geschehener Umfrage eine Gleichheit der Stimmen ergiebt, und diese durch eine widerholte Umfrage nicht gehoben werden kann, obwohl auch dieses Decisiv-Votum theils durch die in dem Westphälischen Frieden ausgenommenen Fälle, theils durch die öfters nöthige Erstattung eines Gutachtens an den Kaiser mancherley Einschränkungen erhält [68]). Dahingegen wird bey dem Reichs-Cammergericht dem Cammerrichter in Justizsachen keine entscheidende Stimme gestattet [69]). So gibt ferner bey den Preußischen Landesjustiz-Collegien, im Falle einer vorhandenen Stimmengleichheit, das Votum des Präsidenten der Sache den Ausschlag [70]). Allein aus dem gemeinen Rechte läßt sich dennoch ein solches Decisiv-Votum des Chefs eines Justiz-Collegiums nicht deduciren, wie schon **Anton Faber** [71]). gezeigt hat. In dem

68) Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Gerichtsverfassung. 3. Th. §. 105—107. Hanzely Grundlinien der Reichshofrathspraxis §. 224. ff.

69) *Ge. Melch. de* LUDOLFF Observat. for. Tom. III. pag. 567. Wilh. Aug. Rudloff über die so genannte entscheidende Stimme des Cammerrichters bey einer Stimmengleichheit der Beysitzer. Hannover 1773. 4. Malblank Anleitung 1. Th. §. 208. u. 209. Pütters freymüthige Betrachtungen über die Senate am kaiserlichen und Reichs Cammergericht §. 50. ff. von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 142. am Ende.

70) Allgemeine Gerichts-Ordn. für die Preuß. Staaten 3. Th. 2. Tit. §. 17. S. 142.

71) Cod. Definition. for. Lib. I. Tit. VII. def. 2. S. auch vorr ad. cit. Pand. de re iudic. §. 18.

dem Römischen Rechte finden sich über den Fall einer Stimmengleichheit der Richter folgende merkwürdige Vorschriften. Paulus sagt *libro XVII. ad Edictum* [72]): Inter pares numero indices sie dissonae sententiae proferantur, *in liberalibus quidem causis*, secundum quod a *D.* PIO constitutum est, *pro libertate statutum obtinet: in aliis autem causis pro reo*, quod et in iudiciis publicis obtinere oportet. *Si diversis summis* condemnent iudices: *minimam* spectandam esse, IULIANUS scribit. Marcellus wendet die hier aus einer Verordnung des Divus Pius aufgestellte Regel *lib.* 3. *Digestorum* [73]) auf einen merkwürdigen Fall an: Si pars iudicantium, sagt er, de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet: humanius erit, sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum spectavit, nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit. Zur Erläuterung dieser letztern Stelle bemerke ich nur, daß die Erbstreitigkeiten bey den Römern besonders vor dem Centumviralgericht verhandelt und entschieden wurden [74]). Dieses war eines der vorzüglichsten Tribu-

72) *L. 38. D. de re iudicata.*

73) *L. 10. D. de inofficioso testam.*

74) VALERIUS MAXIMUS Lib. VII. cap. 7. Ex. 1. *Cum improbissimis heredibus de paternis bonis apud Centumviros contendit, omnibusque non solum consiliis, sed etiam sententiis superior discessit.* Add. *L. 13. et 17. D. de inoff. testam. L. 76. pr. D. de Legat. 3. L. ult. Cod de petit. heredit. Sibr. Tetard.* SICCAMA de iudicio centumvirali lib. II. cap. 5. und *Car. Frid.* ZEPERNICK Disquisit. de causis centumviralibus. (in *Sylloge Opusculor.* SICCAMAE *libro* adjunct. Nr. V. pag. 230.)

Tribunale, worin der Prätor den Vorsitz führte, und 180 Beysitzer hatte, welche in vier Senate (consilia) eingetheilt waren[75]). In diesen hatten die decemviri litibus iudicandis den Vortrag, diese sammelten auch die Stimmen, und waren also die Gehülfen des Prätors in dem Centumviralgerichte, auch in der Abwesenheit desselben seine Stellvertreter[76]). Wenn nun zwey consilia für, und zwey gegen das Testament sprachen, so war hier eine solche Stimmengleichheit vorhanden, deren **Marcellus** gedenkt. Daß nun hier der Prätor, als Präsident des Gerichts, ein Decisivvotum gehabt habe, finden wir nirgends, sondern **Marcellus** sagt, daß der Billigkeit gemäß diejenige Meinung entscheide, welche für das Testament spricht[77]). Ganz der Verordnung des **Divus Pius** gemäß, nach welcher

75) PLINIUS Lib. V. Epist. 21. *Hoc facto Nepotis commotus Praetor, qui centumviralibus praesidet* etc. Lib. VI. Epist. 33 *Sedebant iudices centum et octoginta: tot enim quatuor consiliis conscribuntur.* Vor den Zeiten der Kaiser belief sich die Zahl der Centumviralrichter nur auf 105. SICCAMA de iudicio centumvir. Lib. I. cap. 8. et ad. *Eundem* ZEPERNICK not. h. pag. 70.

76) *Io. Fried. Theod.* ROLLE Historia iuris civ. de adsessoribus magistratuum Romanorum. *Lipsiae 1787.* Cap. II. §. 7. Mein Commentar 3. Th. §. 190.

77) SICCAMA de iudic. centumv. Lib. I. cap. 12. stimmt ganz damit überein. Er sagt bey Anführung der Worte des Marcellus: *Quod ita interpretor, si pars una Centumvirorum* (id est, duo consilia) *contra testamentum, pars altera,* (id est, alia duo consilia) *secundum testamentum pronunciaverint, quia pares sententiae sunt, sequendam esse eius partis sententiam, quae testamentum ratum habuit.*

cher bey vorhandener Stimmengleichheit für den Beklagten gesprochen werden soll[78]). Daß dieses vor den Zeiten des Kaisers **Pius** eben so schon gehalten worden sey, läßt sich nicht erweisen. Wahrscheinlicher ist es, daß der Prätor in dem Falle einer Stimmengleichheit die Centumviralrichter habe nöthigen können, die streitige Sache nochmals in genaue Erwägung zu ziehen, und sich endlich über eine bestimmte Entscheidung zu vereinigen[79]). Dies ist nun aber durch jene Verordnung des **Antonins** geändert worden, in deren Gemäßheit, wie **Marcellus** bemerkt, bey einer sich äussernden Stimmengleichheit für das Testament gesprochen werden muß.

Mit diesen Vorschriften des Römischen Rechts stimmt ganz das kanonische Recht überein. In einer Verordnung des Pabsts **Gregor** IX. heißt es ausdrücklich[80]): Duobus iudicibus, ut accepimus, diversas sententias proferentibus, si ex iurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore sententia: nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento, pro ipso fuerit promulgata. Si vero ex delegata potestate: utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis. Quodsi ex compromisso: neutra debet habere vigorem.

Hier-

78) Man sehe besonders CUJACIUS Observation. Lib. X. cap. 20.

79) So war es wenigstens bey den Freyheitssachen, die auch vor das Centumviralgericht gehörten. *L. 30. D. de liberali causa.* Vorzüglich verdienen hier die eleganten Bemerkungen des Herrn Directors ZEPERNICK zu *Siccama* Lib. II. cap. 7. not. a. pag. 157. f. gelesen zu werden.

80) *Cap. 26. X. de sentent. et re iudicata.*

Hieraus ergeben sich folgende Grundsätze des gemeinen Rechts, welche bey einer sich äussernden Parität der Stimmen zur Anwendung kommen.

I) Ist die zu entscheidende Sache, bey welcher sich die Stimmen der Richter in gleicher Anzahl theilen, von den Gesetzen besonders begünstiget, so giebt im Zweifel diejenige Meinung den Ausschlag, welche diesem Rechtsfaveur am meisten entspricht. Daher ist im Zweifelsfalle für die Ehe, für das Heyrathsgut[81]), für die Freyheit[82]), für das Testament[83]), nicht aber für den Fiskus[84]) zu sprechen.

81) In ambiguis pro dotibus respondere melius est, sagen *L. 70. D. de iure dot. L. 85. pr. D. de div. Reg. iur.*

82) *L. 24. D. de manumiss.* Lege Iunia Petronia, si dissonantes pares iudicum existant sententiae, pro libertate pronunciari iussum. Hier wird also der Legi Iuniae Petroniae zugeschrieben, was die oben angeführte *L. 38. D. de re iud.* aus einer Verordnung des Kaisers Antoninus Pius herleitet. Wie dieses zu vereinigen sey, ist sehr streitig. Man vergleiche *Her.* NOORDEERK Specim. Lectionum s. Disquisit. de Lege Petronia (*Amstelod. 1731.*) Cap. II. *Ant.* MERENDA Controvers. Lib. VI. cap. 20. n. 4. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. Tom. I. pag. 383 sqq. Vermuthlich sollte die Verordnung Antonius keine bloße Erneuerung, sondern zugleich eine Ausdehnung des Petronischen Gesetzes auf mehrere Fälle seyn. S. ZEPERNICK ad Siccamam de iudic centumvir. Lib. II. c. 7. not. a in fin. pag. 159. und Ebenderselbe in Disquis. de causis centumviralibus §. XI. p. 262 sqq.

83) *L. 5. D. Testam. quemadm. aperiant.*

84) *L. 10. D. de iure fisci.* Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

II) Ist die Sache selbst nicht rechtlich begünstiget, so ist für den Beklagten zu erkennen, die Sache mag eine Civil- oder Criminalsache seyn. Wird also der Beklagte

1) durch eben soviel Stimmen verurtheilt, als losgesprochen, so muß das letztere geschehen. Aller Wahrscheinlichkeit nach war eben dieses schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln verordnet. So läßt sich wenigstens Quintilian[85]) sehr wohl verstehen, wenn er sagt: *Lex iubet eos absolvi, qui pares sententias tulerunt.* Denn auch bey den Athenienfern galt ein solches Gesetz, wie Petitus[86]) und Meursius[87]) erwiesen haben. Die häufigen Beyspiele bey den Classikern, die Böckler[88]) gesammelt hat, beweisen auch schon den Gebrauch desselben zu den Zeiten des Röm. Freystaats. Daß man aber durch Lex das Decemviralgesetz bezeichnete, hat Gothofredus[89]) längst ausser Zweifel gesetzt[90]). Den Grund jenes Gesetzes giebt Paulus an, wenn er in seinen *Sententiis receptis*[91]) sagt: Inter pares enim sententias clementior severiori praefertur: et certe humanae rationis est, favere misericordibus, et prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus. Und hiermit stimmt auch Quintilian

85) *Declamat.* 254. Man sehe auch SENECA *Epist.* 82.

86) Ad Leges Atticas pag. 334.

87) Areopagit. cap. 10. (in Thes. Gronov. pag. 2114.)

88) Diss. de calculo Minervae. p. 236.

89) de Legib. XII. Tab. Lib. II. cap. ult.

90) S. *Herm.* NOORDKERK Disquisit de Lege Petronia cap. II. §. 7. pag. 40.

91) Lib. IV. Tit. 12. §. 5. et ad *Eundem* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 424.

tilian überein, wenn er am angeführten Orte sagt: Imputabitis istud publicae misericordiae. Imputabitis humanitati. Man hat jedoch nicht einmahl nöthig, wie Cramer [92]) sehr richtig bemerkt, zu diesem Grunde seine Zuflucht zu nehmen, weil in dem Falle, da eben so viel Stimmen den Beklagten lossprechen, als ihn verurtheilen, der calculus Minervae eintritt, vermöge welchen ein Geschäft eben dadurch seinen Ausgang gewinnt, daß alles im vorigen Zustand bleibt, und folglich schon aus diesem Grunde für den Beklagten gesprochen werden muß [93]). Wird hingegen

2) der Beklagte zwar einstimmig condemnirt, es theilen sich aber doch auch in Ansehung der Verurtheilung desselben die Stimmen der Richter in gleicher Zahl; so entscheidet derjenige Ausspruch, welcher für die gelindere Meinung, also für die geringste Summe, oder für die geringste Strafe, stimmt. Wenn also z. B. von drey Richtern der eine den Beklagten in eine Summe von 15. der andere von 10. der dritte von 5 Rthlrn. verurtheilt, so entscheidet der Ausspruch des letztern; oder wenn drey Beysitzer eines Spruch-Collegiums den Inquisiten mit einer Zuchthausstrafe auf 4 Jahre, drey hingegen auf zwey Jahre belegen wollen, so findet die gelindere Strafe Statt [94]).

92) Progr. calculo Minervae suos terminos vindicans. *Marburgi 1733.*

93) GROTIUS de iure belli et pacis Lib. II. cap. 5. §. 18. *Marq.* FREHER Decis. Areopagit. cap. 7. *Herm.* NOORDKERK Disquis. de Lege Petronia cap. 2. §. 8. und Kleins Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft §. 414.

94) VOET Commentar. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 1. §. 18. *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 17. nr. 5. sq.

NETTEL-

Diese Grundsätze gelten jedoch nur bey gleichgetheilten Stimmen der ordentlichen Richter. Bey commissarischen Richtern entscheidet in einem solchen Falle der Ausspruch des delegirenden Obern [95]).

Konnen nun aber jene Grundsätze in einem gegebenen Falle nicht zur Anwendung gebracht werden, so muß, wenn nicht etwa der Präsident des Gerichts ein Decisivvotum hat [96]), ein Versuch gemacht werden, die Stimmengleichheit entweder durch wiederholte Umfrage [97]), oder durch Zuziehung der bey der Deliberation abwesend gewesenen Mitglieder zu heben [98]), und wenn auch jener Versuch fruchtlos geblieben wäre, oder dieser nicht Statt finden könnte, so müssen die Acten zur Einholung einer rechtlichen Entscheidung an eine auswärtige Facultät versendet [99]), oder es muß die Sache der höchsten Entschei-

dung

NETTELBLADT Systeм. element. iurisprud. positivae Germanor. commun. §. 867.

95) *L.* 28. *D. de re iudicat. Ios.* FINESTRES Hermogenian. Tom. I. pag. 289.

96) KIND in Quaestionib. for. Tom. III. Cap. 8. pag. 76. und Tittmann in den Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 519. halten dies für gewöhnlich.

97) WERDERMANN Principia iurisprud. naturalis (*Lipsiae* 1798.) §. 477. Not. 4. pag. 203. ZIEGLER Dicastice Concluf. XLII. §. 13.

98) Denn bey abhängigen Gesellschaften können auch die ausgebliebenen Mitglieder zur Ertheilung ihrer Stimmen genöthiget werden. Kleins Grundf. der natürlichen Rechtswissenschaft §. 416. Man sehe auch Fried. von Bülows und Theodor Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Band. Erört. XX. §. 6.

99) von Quistorp Grundf. des peinl. Rechts. 2. Th. §. 771. S. 385.

dung des Landesherrn überlassen werden [100]). Besteht das Gericht aus mehreren Senaten, so kann, wie bey dem Reichs Cammergericht geschieht, durch Adjunction eines andern Senats, und wenn auch dies vergeblich ist, die Stimmengleichheit dadurch gehoren werden, daß die Sache ins Plenum gebracht wird [1]).

Ist der Richter eine einzelne Person, so werden so, wohl des öffentlichen Glaubens, als der Feyerlichkeit wegen in gewissen Fällen Beysitzer erfordert, welche Schöppen, Schöpfen, oder auch Schöffen genennt werden [2]). Diese heutigen Schöpfen sind nicht mehr das, was sie ehemals waren. Nach den ältern teutschen Gesetzen hatten die Gerichtsschöffen Antheil an der richterlichen Gewalt [3]). Sie untersuchten unter dem Vorsitz des Grafen oder Richters die im Gericht angebrachten Rechtssachen, und nach ihrem Rath ward das Urteil gesprochen [4]). Denn kein teutscher Richter konnte ehemals ohne sie einen Rechtsspruch geben [5]). Daher das Sprüch-

 wort:

100) ZIEGLER Dicaſtice Concluſ. XLII. §. 22. pag. 819.

1) von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 142. und von Bülows und Hagemanns pract. Erörterungen a. a. O. §. 2. S. 190.

2) *Frid.* BRUMMER Diſſ. de Scabinis medii aevi et recentioribus (in EIUS *Opuscul. iurid.* a *Ge* BEYERO edit. (*Lipſiae 1712.*) Nr. II.

3) *Henr.* BLÜMNER Diſſ. Scabini iudiciorum criminalium ad Legem Carolinam poenalem deſcripti *Lipſiae 1799.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica. P. I. Cap. III. §. 4. ſqq. pag. 18.

4) BLÜMNER cit. Diſſ. Cap. I. §. 7.

5) Schwäbisch Landr. Kap. 84. §. 2. Sächsisch L. R. B. 3. Art. 30. Kaiserrecht P. I. Cap. 7. Kopps ausführ-

wort: der Schöffe weiset zu Recht [6]); und diese Gewalt kam ihnen nicht nur in bürgerlichen, sondern auch vorzüglich in peinlichen Sachen zu [7]). Nach dem altteutschen Grundsatz, daß ein Jeder von seines Gleichen gerichtet werden müsse, wurde bey den Schöffen zugleich auf den Stand derjenigen gesehen, über welche sie zu erkennen hatten [8]). Die Schöffen mußten ferner aus dem nämlichen Gau gebürtig seyn, wo die streitenden Theile wohnten [9]). Denn da jeder Stand seine besondern Rechte und Gewohnheiten hatte, so konnte der Teutsche von solchen Schöffen um so mehr ein gerechtes und unpartheyisches Urteil erwarten, je mehr er versichert seyn konnte, daß ihnen die Rechte seines Standes am besten bekannt waren [10]). Daher wurden nicht nur bey den Cent- sondern auch bey den Landgerichten die Schöffen aus den ansehnlichsten und würdigsten unter

führliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in den Fürstl. Hessen-Cassel. Landen. 1. Th. §. 172. S. 230. und §. 401. S. 485.

6) Eisenharts Grundsf. der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 1. Abth. Nr. 6. S. 15.

7) *Lex Wisigothor.* Lib. II. c. 16. bey Georgisch in Corp. iur. germ. antiqui. p. 1867.

8) BLÜMNER cit. Diss. Cap. I. §. 2. Dreyers Samml. vermischter Abhandlungen S. 1131. f. Strubens Nebenstunden 3. Th. Abh. XIV. §. 4. S. 131.

9) *Capitular.* Lib. VI. c. 343. bey Georgisch pag. 1580. BLÜMNER c. l. pag. 11.

10) Kopp in der ausführl. Nachricht 1. Th. §. 172. S. 228. und Kleinschrods system. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des pein. Rechts 2. Th. §. 43.

unter den Freygebohrnen gewählt [11]). In der Folge war nun zwar das sonst so ehrenvolle Schöffenamt von seiner vormaligen Würde sehr herabgesunken, indem zu der Zeit, da die Carolinische Halsgerichtsordnung geschrieben wurde, oft so unwürdige und schlechte Leute zu Schöffen gebraucht wurden, daß sich der Adel dieses Amtes schämte [12]). Es blieb indessen das Urtheilsprechen immer noch das wichtigste Geschäft derselben, daher sie auch in den meisten Stellen der Caroline Urteiler genennt werden [13]). So wie jedoch der Richter zu dieser Zeit nicht mehr von aller Mitwirkung dabey ausgeschlossen war, indem vielmehr nach Maasgebung mehrerer Artikel der P. G. O. [14]) Richter und Urteiler sich mit einander unterreden und beschließen sollen, was sie zu Recht sprechen wollen [15]); so werden auch mehrere Handlungen des peinlichen Processes in der Caroline angegeben, wo der Richter ohne der Schöffen Mitwirkung verfahren konnte [16]). Und da der größte Theil der Schöffen der Rechte unkundig war [17]), so darf man sich auch

11) Kopp 1. Th. S. 230.

12) Hierauf bezieht sich die Lection für den Adel Art. 1. der P. G. O. Man sehe BOEHMER Meditat. ad h Art. C. C C. §. 10.

13) Art. 81. 93. 94. 104. der P. G. O. BLÜMNER cit. Diss. Cap. II §. 14.

14) Art. 81. 92. 93. u. 94. der P. G. O.

15) Daher werden die Schöffen in dem Art. 91. der P. G. O. Mitrichter genennt.

16) Vergleiche Art. 54. 74. 151. 82. 94. 96. 97. 57. 158. 101. 207. u. 58. S. BLÜMNER cit. Diss. Cap. II. §. 14. not. w. pag. 64.

17) Man lese z. B. in Tenglers Layenspiegel 3. B. ferner in der Bamberg. Halsgerichtsordn. Art. 2. und in dem

nicht wundern, wenn in mehreren Artikeln der P. G. O. die Schöffen an den Rath der Rechtsverständigen verwiesen werden [18]). Allein die heutigen Schöpfen haben keinen Antheil an der richterlichen Gewalt, sie sprechen daher keine Urteile mehr, am wenigsten in peinlichen Fällen [19]). Ihre Gegenwart wird blos des Beweises und der Feyerlichkeit wegen, und zwar nur hauptsächlich in peinlichen Fällen, bey denjenigen gerichtlichen Handlungen erfordert, welche auf die Entscheidung der Sache einen unmittelbaren Einfluß haben [20]). Dahingegen sind in bloßen Civilsachen Schöffen zur vollständigen Besetzung des Gerichts der Regel nach heut zu Tage nicht mehr nöthig, sondern es ist jetzt eine Eigenheit eines teutschen Gerichts, wenn bey gerichtlichen Handlungen der streitigen oder willkührlichen Gerichtsbarkeit Schöpfen zugezogen werden müssen [21]). Man will zwar die Gegenwart derselben

Project von 1521. die Klagen über die Unwissenheit und Unerfahrenheit der Schöffen der damahligen Zeit. S. auch Malblanks Geschichte der P. G. O. S. 41.

18) Vergl. Art. 7. 81. 91. 105. 106. 109. 124. 127. 128.

19) Meisters ausf. Abhandl. des peinl. Processes in Teutschland 1. Th. 4. Hptst. §. 11. S. 76 ff. Quistorps Grundsf. des teutschen peinl. Rechts 2. Th. § 543. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim LXX. medit. 3. KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 8. pag. 77. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 404.

20) Quistorp §. 545. LEYSER Specim. LXX. medit. 7. Tittmanns Grundlinien § 406.

21) LEYSER cit. Specim. LXX. med. 6. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica P. I. Cap. III. §. 24. et 25. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät 2. Band. Nr. XXVII. S. 287. und 4. Band. Nr. VI. S. 139. f.

In

selben wenigstens in dem Falle für nöthig halten, wenn nach der Verfassung des Gerichts der Richter zugleich die Stelle des Actuarius vertritt [22]). Allein wenn gleich diese Meinung nach dem kanonischen Recht ihre Richtigkeit hat [23]), so steht ihr doch der Gerichtsgebrauch entgegen, nach welchem in einem solchen Falle, da der Richter zugleich ausdrücklich und namentlich als Actuar mit verpflichtet ist, das Gericht mit einer einzigen Person für hinlänglich besetzt, und dasjenige, was von einer solchen, das ganze Gericht repräsentirenden Person geschehen ist, für eine gültige Gerichtshandlung gehalten wird, es sey von Handlungen der streitigen oder willkührlichen Gerichtsbarkeit die Rede [24]).

Uebrigens sind von den Gerichtsschöppen, von denen bisher gehandelt worden, die sogenannten Schöppenstühle wohl zu unterscheiden, dergleichen noch heut zu Tage

In Sachsen wird jedoch die Zuziehung der Schöppen zur Besetzung des Gerichts erfordert. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 8. pag. 78.

22) LEYSER Specim. XXVII. med. 7. Specim. LXX. med. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4255.

23) *Cap. 11. X. de probat.* Statuimus, ut tam in ordinario iudicio, quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam, si habere potest, personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant.

24) Meisters Abh. des peinl. Processes 1. Th. S. 88. Danz Grundsätze des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 44. S. 142. f. Ebendesselben Grundsätze der summarischen Processe §. 257. *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH Nova Collectio Responsor. et Sententiar. Facultatis iurid. Erfordiensis. (*Erfordiae 1798. 4.*) Nr. XIX.

Tage zu Leipzig, Wittenberg, Halle, Jena, und mehreren andern Orten üblich sind. Denn ihr Collegium ist kein Gericht, und hat weder Gerichtsbarkeit noch Gerichtszwang, sondern ihre Bestimmung ist blos die, den Richtern und Partheyen, auf deren Verlangen, in streitigen Rechtsfällen Gutachten zu ertheilen [25]).

§. 528.

Subalternen des Gerichts, insonderheit Actuarien.

Ausser dem Richter kommen nun auch noch Nebenpersonen in den Gerichten vor, welche unter der Direction des Richters dasjenige zu verrichten verpflichtet sind, was zur Beförderung des Zwecks des Gerichts erforderlich ist. Diese werden daher Subalternen des Gerichts genennt, und sind entweder zur Vorbereitung, Aufzeichnung und Ausfertigung der gerichtlichen Geschäfte, desgleichen zur Aufbewahrung der Acten da, wie die Secretarien, Notarien, Actuarien, Canzelisten, Copisten, Registratoren [26]); oder sie werden blos zur Aufwartung bey Gericht, und zur Ausrichtung der Befehle des Richters gebraucht, wie die Gerichtsdiener und Gerichtsboten. Da hier der Ort nicht ist, von diesen Personen ausführlicher zu handeln, so werde ich nach Anleitung des Verf. nur das Nöthige von den Actuarien bemerken. Man versteht unter dem Actuarius oder Gerichtsschreiber diejenige öffentliche Person, wel-

25) Meisters peinl. Proceß. 1. Th. S. 75. PÜTTMANN Elem. iuris crim. §. 711.

26) *Diet. Herm.* KEMMERICH Exercitat. de Secretariis, Protonotariis et Actuariis iudicialibus. *Vitembergae 1726.* SCHILTER de Secretariis.

welche mittelst eidlicher Verpflichtung dazu bestellet ist, um nicht nur unter der Direction des Richters dasjenige pünctlich aufzuzeichnen, was bey Gericht vorgehet, sondern auch die Protocolle und gerichtlichen Acten sorgfältig zu verwahren [27]). In eben dieser Bedeutung hatten auch die Römischen Magistratspersonen und Richter ihre Actuarios, die in dem Secretario, d. i. wo der Magistrat mit seinen Beysitzern Gericht hielt [28]), das Protocoll führten, und die Gerichtsacten aufbewahrten [29]), welche auch *Scribae*, *Exceptores*, *Hypomnematographi* [30]), von ὑπόμνηματα, acta) ferner *Commentarienses* [31]) (von den commentariis oder Protocollen) und von den notis, oder Abkürzungen, deren sie sich zum Geschwindschreiben bedienten, *Notarii* [32]) genennt

27) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de officio actuarii. *Ienae 1702.* Meisters Abhandl. des peinl. Processes 2. Th. 5. Hauptst. S. 82. ff.

28) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. I. Cod Theodos. de officio Rector. provinciae (Tom I. pag. 44. *edit. Ritter.*) und BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Secretarium.*

29) BRISSONIUS v. *Actuarii* nr. 2. pag. 59. *Franc.* POLLETI Historia fori Rom. Lib. V. cap. 12. und *Franc.* Car. CONRADI Diss. de testamento publico, quod sit apud acta. *Helmst. 1741.* §. 13.

30) *L. 192 Cod. Theod. de Decurionib.* et *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad eand. L.

31) *L. 45. §. 7. D. de iure fisci. Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae Lib II. c. 13. pag. 321. sqq. BRISSONIUS v. *Commentariensis* n. 2. et 3. p. 223.

32) *L. 33. §. 1. D. Ex quib. caus. maior. Io. Flor.* RIVINI Exercit. iur. civ. ad *Modestini* casus enucleatos. *Lipsiae 1727.* §. X. II.

nennt wurden. Sie gehörten zum officio, d. i. zur Canzley, und dieses war zur Besetzung des Gerichts so nöthig, daß einem Röm. Magistrate oder Richter, ohne Beyseyn des officii, weder ein Libell überreicht [33]), noch von demselben ein gültiges Urtheil gesprochen werden konnte [34]). Auch das kanonische Recht [35]), so wie die teutschen Reichsgesetze [36]), erfordern sowohl zur Form eines Gerichts, als um des mehreren Beweises willen, die Gegenwart des Actuarius so nothwendig, daß der Richter seine Stelle nicht zugleich vertreten kann [37]); nur der heutige Gerichtsgebrauch verstattet die Vereinigung beyder Aemter in einer und derselben Person [38]).

Ein Actuarius muß nun zwar eigentlich gleich bey der Uebernehmung seines Amtes vereidet werden, und zwar muß diese Verpflichtung ordentlicher Weise in Gegenwart des Richters und der übrigen Gerichtspersonen geschehen [39]). Wäre jedoch das Protocoll von einem noch unbe-

33) *L. 1. C. Theod. de officio Rector.*

34) *L. 6. Cod. de Sentent.* Man sehe vorzüglich *C. U.* GRUPEN Observationes de forma consiciendi acta apud Romanos. *Hanovere 1753.* 4. §. 3. pag. 29. sqq.

35) *Cap. 11. X. de probat. Cap. 28. X. de testibus.*

36) Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 1. 5. 46. 47. 56. 94. u. 181.

37) Meisters Abh. des peinl. Proc. 1. Th. 5. Hptst. §. 5. S. 86. ff.

38) Meister a. a. O. S. 87. *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decision. P. I. Consil. XXXVII. nr. 14. pag. 426. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4256. nr. V.

39) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gener. §. 15. HOFACKER c. l. nr. III. *L. B. a* WERNHER Observation. for. Tom. I. P. IV. Obs. 203. Meister a. a. O. §. 10. S. 93. f.

unbeeideten Gerichtsschreiber geführt worden, so entsteht daraus, wenigstens nach der Praxis der Civilgerichte [40]), keine so unheilbare Nichtigkeit, daß nicht dieser Mangel durch nachherige Vereidung gehoben werden könnte, wenn der Eid nämlich mit auf die vorhergehenden Handlungen gerichtet wird.

Was übrigens von einem vereidigten Actuarius, unter öffentlicher Auctorität des Richters in Amtssachen ist niedergeschrieben worden, hat zwar vollen gerichtlichen Glauben [42]). Denn gerichtliche Protocolle haben, als öffentliche Urkunden, die rechtliche Vermuthung für sich, daß ihr Inhalt der Wahrheit gemäß sey [43]). Es ist indessen diese Vermuthung doch nicht so stark, daß sie nicht durch einen vollen Beweiß des Gegentheils aufgeho-

40) In Ansehung der peinlichen Gerichte sind zwar anderer Meinung Meister a. a. O. §. 11. S. 95. f. KOCH Institut. iur. crim. §. 698. Grollmann Grds. der Criminalrechtswissenschaft §. 585. Man sehe jedoch *de* BOEHMER Meditat. ad Art. 5. C. C. C. pag. 32. und Quistorp. Grundsätze des peinl. Rechts 2. Th. §. 548. S. 30.

41) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II Specim. LXXI. med. 8. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid iud. c. 1. pag. 38. KEMMERICH. cit. Exercit. de Secretariis et actuariis iudicial. § 9. Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrheit §. 10. und Danz Grds. des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 45. not. b.

42) *L. 6. C. de re iudicata. C. 7. X. de probat. cap. 2. X. de fide instrum.* Sam. STRYK Disp. de iure protocolli Cap. 6.

43) *Cap. 6. X. de renunciat.* Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 802.

gehoben werden könnte[44]). Denn es ist ja leicht möglich, daß der Concipient des Protocolls sich kann geirret, oder die Partheyen nicht recht verstanden haben. Der Beweiß gegen ein gerichtliches Protocoll kann nun sowohl durch untadelhafte Urkunden, als durch Zeugen geführt werden[45]). Sind jedoch diese nur Privatpersonen, so sind zwey, wenn gleich unverwerfliche Zeugen, noch nicht hinreichend, um die Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Protocolls zu entkräften. Denn da eine öffentliche Urkunde soviel gilt, als zwey Zeugen, so würde hier ein gleich starker Beweis für und wider das Protocoll vorhanden seyn[46]). Es werden daher wenigstens drey unverwerfliche Zeugen erfordert, um das Gegentheil von dem, was das Protocoll enthält, gehörig zu erweisen[47]). Hat indessen der Beweisführer zwey untadelhafte Zeugen für sich, so kann er nach der Meinung verschiedener practischer Rechtsgelehrten[48]) zum Erfüllungseide gelassen werden, wenn er solchen schwören will. Dieser Erfüllungseid

44) *Cap. 10. X. de fide instrument.* MEVIUS P. I. Decis. 120. nr. 3. REINHARTH Select. Observationes ad *Christinaei* Decisiones Vol. III. obs. 6.

45) Claprothe Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 49. S. 183.

47) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXI. medit. 15. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß. 1. Th. §. 116.

47) *Cap. 10. X. de fide instrum.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4256. nr. VI Danz Grundf. des gemeinen ord. bürg. Processes §. 45. S. 141. Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes. §. 77. S. 86.

48) Strubens rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. 52. §. 2. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 20. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum*. Tom. I. Fascic. II. Observ. 203.

eid würde aber auch dann Statt finden, wenn der Beweisführer das Zeugniß des Richters für sich hätte. Denn daß dem richterlichen Zeugniß ein grösserer Glaube beyzulegen sey, als dem Protocoll, läßt sich nicht behaupten. Da jedoch der Richter in Ansehung dessen, was in seiner Gegenwart geschehen ist, wenigstens den nämlichen Glauben verdient, den der Gerichtsschreiber, als eine öffentliche und verpflichtete Person, hat [49]); so würde sein Zeugniß, ohne den Erfüllungseid der Parthey, dem gerichtlichen Protocoll das Gleichgewicht halten [50]).

Allein sehr streitig ist es, ob gegen ein gerichtliches Protocoll die Eideszuschiebung Statt finde [51])? Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Die Parthey, welche das Protocoll bestreitet, giebt zu, daß ihr solches, und zwar so, wie es lautet, und sie dasselbe auch verstanden hat, vorgelesen worden sey. Hier ist die Eidesdelation unzuläßig.

2) Die Parthey läugnet die geschehene Vorlesung, und kann des Gegentheils auch nicht überführt werden; oder sie giebt zwar die Vorlesung zu, behauptet aber, daß das Protocoll Zusätze und Abänderungen bekommen habe, oder

49) *de* BERGER Oecon. iur. Lib. I. Tit. 1. Th. XIX. not. 6.

50) Struben a. a. O. §. 1.

51) Diese Rechtsfrage haben vorzüglich erörtert *Conr. Wilh.* STRECKER in Diss. de iurisiurandi delatione, quatenus sit contra registraturam iudicialem admittenda? *Erfordiae* 1731. und Herr Hofr. Geiger von dem Beweis durch den Eid gegen ein gerichtliches Protocoll; (in Desselben merkwürdigen Rechtsfällen u. Abhandlungen. 1. Band. Nr. XI. S. 195—212.)

oder daß Sachen in dem Protocoll vorkämen, die ihr nach ihren Umständen nothwendig hätten erklärt werden sollen, und daß diese Erklärung unterblieben sey. Hier findet allerdings die Eidesdelation Statt, wenn auch die anfechtende Parthey das Protocoll unterschrieben haben sollte [52]). Denn ist gegen ein gerichtliches Protocoll überhaupt der Beweis des Gegentheils zulässig, so kann auch der Beweis durch die Eidesdelation keinem Zweifel unterworfen seyn, weil er gegen gerichtliche Urkunden nirgends verboten ist. Es ist nur die Frage, wem der Eid über die Richtigkeit des Protocolls zuzuschieben sey? Hier lassen sich zwey Fälle gedenken.

1) Der Eid wird dem Gegentheil zugeschoben, der das gerichtliche Protocoll für sich hat. Dies geht allerdings an [53]). Denn kann der Beweis wider ein solches Protocoll durch Zeugen geführt werden; so ist nicht abzusehen, warum nicht das nämliche durch den dem Gegentheil zugeschobenen Eid geschehen dürfe, da doch derselbe davon, ob die Sache anders, als sie geschehen, protocollirt worden, so gut, wie die Zeugen, und noch besser

52) *L. B. a.* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 12. et P. V. Obs. 218. REINHARTH select. Observat. ad *Christinaeum.* Vol. III. Obs. 6. Struben rechtl. Bedenken. 2. Th. Bed. 52. §. 2. KEMMERICH cit. Exercit. de Secretar. et Actuariis iudicial. §. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4256. nr. VI.

53) REINHARTH c. l. Resp. II. pag. 11. STRECKER cit. Diss. Cap. 3. et 4. Herr Hofr. Geiger in der angef. Abhandlung §. 4. (in Desselben merkwürdigen Rechtsfällen 1. Th. S. 202. ff.) und Hr. Prof. Grollmann in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. §. 33. S. 137.

besser unterrichtet ist. Es wird aber freylich vorausgesetzt, daß der Gegner de veritate schwören kann. Man wendet zwar dagegen ein, der gerichtliche Glaube gründe sich auf öffentliches Ansehen, und einen geleisteten Amtseid; könne also durch den Eid einer Privatperson nicht aufgehoben werden [54]). Allein dies Argument beweißt zuviel. Denn auf solche Art würde gar kein Gegenbeweis Statt finden. Bleibt der verpflichtete Actuar nicht immer noch ein Mensch, der sich irren, oder zum Betrug verleitet seyn kann? Eben wegen dieser Möglichkeit eines Irrthums oder Betrugs, läßt sich auch nicht behaupten, daß derjenige, der das Protocoll für sich hat, schon einen vollständigen Beweis geführt habe, wenn gerade darüber noch gestritten wird, ob das Protocoll richtig oder unrichtig sey. Vergeblich setzt man uns also den Grundsatz entgegen, daß demjenigen, der einen vollen Beweis für sich hat, kein Eid deferirt werden könne. Denn eben darum, weil noch über die Wahrheit des Protocolls gestritten wird, kann man nicht sagen, daß dadurch bereits die Gewißensvertretung geschehen sey [55]).

2) Der Eid wird dem Actuar selbst zugeschoben.

a) Er acceptirt den Eid. Durch diesen Eid kann das Protocoll keine grössere Glaubwürdigkeit erhalten, als es ohnedies hat, weil hierauf schon der Amtseid des Gerichtsschreibers gehet, daß er richtig protocolliren

54) *Christ.* WILDVOGEL Diss. cit. de officio actuarii §. 15. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 49. S. 183. und Danz in den Grundsätzen des gemeinen ord. bürg. Processes §. 45. S. 142.

55) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 12. nr. 8. et 9.

wolle. Er darf also, als ein unnützer Eid, nicht einmal zugelassen werden [56]).

b) Er weigert sich, den ihm zugeschobenen Eid anzunehmen. Dies kann hier die Wirkung, welche sonst aus der Eidesverweigerung entsteht, darum nicht haben, weil die Eideszuschiebung für unzulässig zu halten ist. Man kann ja überhaupt nur seinem Gegner den Eid zuschieben, den man dadurch zum Richter in eigener Sache macht [57]). Keinem Dritten, der an dem Rechtsstreit eigentlich keinen Antheil hat, wenn ihn auch die Sache, worüber gestritten wird, aus irgend einem andern Grunde angehen sollte [58]). Dies ist nun gerade auch hier der Fall. Indessen gestattet doch die Praxis nach dem Urtheil angesehener Rechtsgelehrten [59]) auch in diesem Falle die Eideszuschiebung. Es wird aber immer dabey vorausgesetzt, daß in dem gegebenen Falle solche Umstände und Anzeigen vorhanden sind, welche das Vor-

56) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4256. nr. VII. pag. 689. Grollmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 33. S. 37.

57) *L.* 3. *pr. D. de iureiur. L.* 1. *pr. D. Quar. rerum actio non datur.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. § 4515. in fin. et not. f. psg. 957.

58) *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque. (*Goett. 1772.*) §. 10.

59) REINHARTH ad *Christinaeum.* Vol. III. Obs. 6. Resp. I. *Christph. Lud.* CRELL Diss. de fide instrumentorum, inprimis publicorum §. 5. Strubens rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 134. und 2. Th. Bed. 52. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. 1. Th. §. 2458. Herrn Hofr. Geigers Abhandl. §. 5. (in Desselben merkwürd. Rechtsfällen. 1. B. S. 205.)

Vorgeben der Partheyen, daß das Protocoll unrichtig niedergeschrieben sey, wahrscheinlich machen [60]). Denn soviel muß doch wenigstens die rechtliche Vermuthung, welche für die Glaubwürdigkeit gerichtlicher Protocolle streitet, immer wirken, daß hier nicht so, wie in andern Fällen, die Eidesdelation blos dem Gutbefinden der Partheyen überlassen werden kann, wenn man nicht auf eine unrechtliche Art dem Actuar den ihm nach den Gesetzen gebührenden öffentlichen Glauben bezweifeln will [61]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß ein Actuar aus eben den Gründen, aus welchen der Richter als verdächtig erscheint, von den Partheyen verworfen werden könne [62]).

§. 529.

Fähigkeit vor Gericht zu handeln.

Wenn ein jeder Rechtsstreit nur eine Bestimmung des Richters über die Rechtsverhältnisse bey dem Gegenstand des Streits zum Zweck haben kann [63]); so folgt hieraus, daß auch die Handlungen der Partheyen vor Gericht an sich rechtsgültig seyn müssen, weil eine ungültige Handlung den Zweck nicht erreichen kann. Es muß also den Perso-

60) *L. B. a.* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 218. nr. 9.

61) Hr. Hofr. Geiger a. a. O. §. 5. S. 206. folg.

62) *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXI. med. 11. 12. KEMMERICH Diss. de secretariis et actuariis iudicialibus §. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4256. nr. VIII.

63) Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes. 1. Band. Nr. XII. §. 3. S. 305.

nen, welche in eigener Sache vor Gericht erscheinen, und einen Rechtsstreit führen wollen, kein Grund entgegen stehen, wodurch sie, nach den Gesetzen, hierzu entweder überhaupt, oder doch in gewisser Rücksicht unfähig, und folglich ihre gerichtlichen Handlungen ungültig seyn würden [64]). Kurz, sie müssen die Fähigkeit haben, vor Gericht zu handeln, (persona standi in iudicio [65](. Hierzu wird nun aber erfordert,

1) daß sie vom Schuz des Staats nicht ausgeschlossen sind. Denn das ist ja der Zweck alles gerichtlichen Verfahrens, daß jeder bey seinen ihm vom Staat garantirten Rechten durch die richterliche Hülfe geschüzt werde [66]).

2) Daß es ihnen nicht an Einsicht in das, was sie vor Gericht vorzunehmen haben, und an Ueberlegung gebricht.

3) Daß sie die freye Disposition über ihr Vermögen, und insonderheit über das Object des Rechtsstreits haben.

Daher sind nun

A) ganz unfähig vor Gericht zu handeln,

a) wegen eines physischen Hindernisses, Taube und Stumme, ohne Unterschied, ob sie beyde Fehler zugleich, oder

64) Grollmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 55.

65) Vid. Tit. Cod. *Qui legitimam personam standi in iudiciis habeant vel non* (Lib. III. Tit. 6) Am ausführlichsten hat diese Materie Lud. Fried. Dapp in dem Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß (Frankfurt 1789.) §. 7. u. ff. bearbeitet.

66) Grollmanns Theorie des gerichtl. Verf. §. 74.

oder nur einen von beyden haben [67]. Ferner Rasende und Wahnwitzige, wenn sie auch gleich lichte Zwischenräume haben sollten [68]. Auch Blödsinnige, die keiner vernünftigen Ueberlegung und Entschliessung fähig sind [69]. Endlich Kinder unter sieben Jahren, (infantes) [70]. Im Namen dieser Personen müssen gerichtlich bestellte Curatoren und Vormünder auftreten, und ihre Rechte vor Gericht verfechten [71].

b) Wegen eines bürgerlichen Rechtsverbots, sind zu gerichtlicher Rechtsverfolgung unfähig römische Sklaven; diese können weder als Kläger, noch als Beklagte vor Gericht erscheinen [72]) Es soll auch kein Procurator für sie zugelassen werden [73]. Nur in Ansehung der Sklaven des Kaisers machen die Gesetze eine Ausnahme [74]. Auch konnten Privatsklaven in gewissen Fällen wider ihre Herren klagen, z. B. wegen eines unterschlagenen Testaments, worin ihnen die Freyheit vermacht worden, ferner wegen eines begangenen criminis annonae, oder wegen Münzfälschung

67) *L.* 1. §. 3. *D. de postul. L.* 124. *D. de Reg. iur. L.* 48. *D. de Oblig. et action.*

68) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 67.

69) Claproth a. a. O. Nr. 3.

70) *L. 4. pr. D. de in ius voc.*

71) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 30.

72) *L. 107. D. de Reg. iur. L. 6. et 7. Cod. h. t.*

73) *L. 44. §. 1. D. h. t.* POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. XV. not. d. (Tom. I. Pag. 177.)

74) *L. fin. Cod. Ubi causae fiscales.*

u. d. m. [75]). Alles dies findet aber auf die Leibeignen in Teutschland keine Anwendung, welche sowohl in eigenem als fremden Namen vor Gericht handeln können [76]). Auch diejenigen, welche in die Acht erklärt, und hierdurch vom Schutz des Staats gänzlich ausgeschlossen sind, können vor Gericht nicht klagen [77]); ob sie gleich vor Gericht belangt werden können, und ihnen auch in diesem Falle die Vertheidigung gegen die Klage gestattet wird [78]).

B) Nur gewissermaßen unfähig, vor Gericht zu handeln, sind diejenigen, welche nicht ohne Beystand und Zustimmung anderer Personen zu gerichtlicher Rechtsverfolgung befugt sind. Zu dieser Classe gehören

1) Pupillen und Minderjährige, welche nur mit Beystand ihres Vormundes oder Curators vor Gericht handeln können [79]). Nach dem kanonischen Rechte findet jedoch in geistlichen und beneficial Sachen eine Ausnahme Statt [80]). Auch können sogar Unmündige erlittener Injurien wegen ohne Vormund vor Gericht klagen [81]); und da ein Minderjähriger, welcher veniam aetatis erhalten hat,

75) *L. 53. D. h. t.*

76) LAUTERBACH h. t. §. 25. Dapp im angef. Versuch §. 12. 13. u. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4265.

77) Reichsabsch. vom Jahr 1495. §. 3. Concept der Cammerger. Ordn. 2. Th. 10. Tit. §. 2.

78) VULTEIUS Tr. de Iudiciis Lib. I. cap. 6. n. 25. Dapp a. a. O. §. 16.

79) *L. 1. et 2. C. Qui legitim. person. standi in iud.*

80) *Cap. fin de iudiciis in 6to.*

81) *L. 8. et 11. D. de accusat.*

hat, überhaupt von der Curatel befreyet ist, so versteht sich's, daß er auch ohne Curator vor Gericht handeln könne [82]). Uebrigens machen zwar die römischen Gesetze zwischen den bürgerlichen und peinlichen Rechtssachen der Minderjährigen keinen Unterschied [83]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche fällt jedoch im Untersuchungsproceß der Curator weg [84]). Der Richter muß schon von Amtswegen darauf mit Rücksicht nehmen, was zu ihrer Entschuldigung gereicht [85]). Noch ist jedoch zu bemerken, daß wenn ein Minderjähriger seine Rechtssache allein vor Gericht geführt hatte, ohne daß weder vom Richter, noch von seinem Gegner der Abgang des Curators in Anregung gebracht worden ist, das für den Minderjährigen gesprochene Urtheil aus besonderm Rechtsfaveur keinesweges für ungültig zu halten sey [86]).

2) Personen, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen. Diese können zwar in allen Sachen, wegen welcher sie belangt worden, sie mögen erlaubte oder unerlaubte Handlungen betreffen, vor Gericht erscheinen, und sich vertheidigen, ohne daß dazu die Zuziehung und Einwilli-

82) *L. 10. C. de appellat. L. 5. C. de temp. in int. restit. et Tit. C. de his, qui veniam aet. impetr. Io. a* SANDE Decision. aureae Lib. I. Tit. II. definit. 1. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 26. Dapp a. a. O. §. 49. und HOFACKER Princip. iur. civ. §. 4265.

83) *L. 11. Cod. Qui dare tutores, L. 4. Cod. de auct. praest.*

84) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. in fin.

85) Dapp a. a. O. §. 48. not. f.

86) Arg. *L. 1. C. de auct. praest. et L. 14. C. de procurat.* LAUTERBACH c. l.

gung des Vaters erfordert wird [87]). Nur muß freylich, wenn sie kein eigenes Vermögen in Händen haben, um den richterlichen Urtheil ein Genüge zu leisten, die Wirkung desselben bis nach aufgehobener väterlichen Gewalt ausgesetzt bleiben [88]), wofern nicht etwa der Vater actione iudicati de peculio in Anspruch genommen werden könnte [89]). Allein als Kläger können filiifamilias der Regel nach im eigenen Namen ohne Einwilligung des Vaters vor Gericht nicht auftreten [90]), wofern nicht etwa der Vater abwesend, oder wegen Wahnsinns gehindert ist, selbst vor Gericht zu handeln; oder aber ein solcher Fall vorhanden ist, wo es die Billigkeit erfordert, daß der Sohn auch ohne Zuziehung des Vaters klage, weil er sonst einen unbilligen Schaden leiden würde [91]). Anfangs scheint zwar den filiisfamilias dieses Recht nur in Ansehung der Injurienklage, des interdicti quod vi aut clam, und der Klage aus dem Verwahrungs- und Leihcontract gestattet gewesen zu seyn [92]); allein in der Folge ist

87) *L. 57. D. h. t. L. 39. D. de obligat. et act. L. 6. §. 7. D. de act. emti. L. 3. §. 4. D. de minor.* Verb. et quidem in potestate manens *etiam invito patre* conveniri potest. *L. 35. D. de nox. action. Io. a* SANDE Decision. aur. Lib. I. Tit. II. Deficit. 2. VOET ad Pand. h. t. §. 10. *Scip.* GENTILIS de bonis maternis Cap. XXVI. pag. 169.

88) *L. 5. pr. D. Quod cum eo, qui in aliena potest.*

89) *L. 35. D. de noxal. act. L. 3. §. 11. D. de peculio. L. 5. pr. D. eodem §. 10. I. de action.*

90) *L. 9. D. de obligat. et action.*

91) *L. 18. §. 1. D. bt. h. t.*

92) *L. cit 9. Filiusfamilias* suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum, et quod vi aut clam, et depositi et commodati, ut *Iulianus* putat. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustr. quosd. Tit. iur. civ. pag. 115.

iſt es auf alle und jede Klagen ohne Unterſchied, ob ſie aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen herrühren, ausgedehnt worden [93]). Die Klage iſt jedoch in ſolchem Falle nur eine actio utilis [94]).

In ſofern nun aber der Rechtsſtreit das Peculium des Sohns betrift, ſo hat der filiusfamilias

a) in Anſehung ſeines peculii caſtrenſis oder quaſi caſtrenſis die Rechte eines freyen Hausvaters. Er iſt daher bey Anſtellung der daſſelbe betreffenden Klagen nicht nur von der Einwilligung ſeines Vaters ganz unabhängig, ſondern er kann ſogar gegen Vater ſelbſt klagen [95]).

b) In

93) *L. 18. §. 1. D. h. t.* Si filiusfamilias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri: ita demum permittimus ei agere, ſi non ſit, qui patris nomine agat. Nam et *Iuliano* placet. ſi filiusfam. legationis vel ſtudiorum gratia abeſſit, et vel furtum, vel damnum iniuria paſſus ſit: poſſe eum utili iudicio agere, ne, dum pater expectatur, impunita ſint maleficia; quia pater venturus non eſt, vel, dum venit, ſe ſubtrahit is, qui noxam commiſit. Unde ego ſemper probavi, ut ſi res non ex maleficio veniat, ſed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depoſitum repetens vel mandati agens, vel pecuniam, quam credidit, petens: ſi forte pater in provincia ſit, ipſe autem forte Romae vel ſtudiorum cauſa, vel alia iuſta ex cauſa agat: ne ſi ei non dederimus actionem futurum ſit, ut impune fraudem patiatur, et egeſtate Romae laboret, viaticulo ſuo non recepto, quod ad ſumtum pater ei deſtinaverat.

94) GENTILIS de bonis maternis cap. XXVI. pag. 173.

95) *L. 4. §. 1. D. de caſtrenſi peculio.* Actionem perſecutionemque caſtrenſium rerum ſemper filius, etiam invito patre, habet.

L. 4.

b) In Ansehung des peculi profectitii und adventitii ordinarii kann der Regel nach nur der Vater klagen, und belangt werden. Der Sohn anders nicht, als wenn der Vater weder selbst, noch durch einen Bevollmächtigten vor Gericht handeln kann. Ueber das peculium adventitium kann jedoch der Vater nur mit Einwilligung des Sohns streiten, wenn nämlich dieser gegenwärtig und schon mündig ist [96]).

c) Betrift endlich der Rechtsstreit das peculium adventitium extraordinarium, so kann zwar wegen desselben der Sohn im eigenen Namen klagen; jedoch wird die Einwilligung des Vaters wenigstens in dem Falle erfordert, wenn der Vater von diesem Vermögen die Nutznießung hätte haben können, wofern er nur gewollt hätte [97]). Verweigert der Vater seine Einwilligung, so kann er dazu von dem Richter angehalten werden, oder der Richter kann auch selbst die Einwilligung des Vaters ergänzen [98]).

3) Ge-

L. 4. D. h. t. Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus: nisi ex castrensi peculio.

96) *L. 8. §. 3. C. de bonis, quae lib.* VOET h. t. §. 10. LAUTERBACH h. t. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4265.

97) Dahin gehört, wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters eine Erbschaft antritt. *L. 8. princ. Cod. de bonis, quae liberis.* Der heutige Gerichtsgebrauch erfordert jedoch vermöge des kanonischen Rechts (*cap. fin. de iudic. in 6to*) überhaupt die Einwilligung des Vaters, wenn der Sohn über das pec. adv. irregulare vor Gericht streiten will. LAUTERBACH h. t. §. 27. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4265.

98) *L. 8. in fin. princ. Cod. de bonis, quae lib.* sagt: Necessitate per officium iudicis patri imponenda tantummodo filio consen-

3) Gerichtlich erklärte Verschwender. Diese können ohne Curator nicht vor Gericht handeln, sofern der Rechtsstreit ihr Vermögen betrift [99]).

4) Frauensperſonen an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist [100]).

§. 530.

In wiefern kann man über das Recht eines Dritten vor Gericht streiten, oder aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belegt werden?

Wer vor Gericht streiten will, muß nun aber nicht nur überhaupt die Fähigkeit haben, vor Gericht zu handeln, sondern er muß auch insonderheit befugt seyn, die Ansprüche zu verfolgen, oder sich dagegen zu vertheidigen, die den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ausmachen [1]). Man muß also

1) der rechte Kläger seyn. Dies ist man, wenn man sein eignes Recht verfolgt. Wegen des Rechts eines Dritten kann man daher in der Regel keine Klage erheben, außer wenn es

a) mit dessen Bewilligung geschiehet. Der Dritte kann mir nun sein Recht entweder abtreten, oder zu dessen Verfolgung blos den Auftrag geben. In dem ersten Falle kann ich

sentire, vel agenti vel fugienti, ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere. *Scipio* GENTILIS de bonis maternis. Cap. XXVI. pag. 177.

99) *L. 1. D. de curat. furios. dand.*

100) LAUTERBACH h. t, §. 28. Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts §. 632.

1) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 9.

ich in eigenem Namen, in den andern aber nur als Procurator klagen. Der Unterschied besteht darin, daß wenn die Befugniß des Klägers bezweifelt wird, er sich in dem ersten Falle zur Sache (ad causam), in dem andern aber zum Proceß legitimiren muß. Von der Legitimation zur Sache ist im 4. Th. §. 286. nr. 1. S. 36. von der Legitimation zum Proceß aber im 5. Th. §. 399. gehandelt worden.

b) Wenn man die Rechte eines Dritten vermöge der Gesetze oder vermöge richterlicher Verfügung zu verfolgen authorisirt ist, wie z. B. der Ehemann die Rechte der Frau, der Vater die Rechte seiner noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, der Vormund die Rechte seines Mündels, oder der bestellte Curator die Rechte des Abwesenden, dessen Aufenthalt nicht bekannt ist [2]).

c) Wenn die Sache so begünstiget ist, daß es nicht darauf ankommt, wer dieselbe vor Gericht betreibt. So kann z. B. die actio momentaneae possessionis von jedem Dritten zu Gunsten desjenigen angestellt werden, welchen die Sache angehet, wenn dieser abwesend ist; und selbst solche Personen werden hier zugelassen, die sonst zur Betreibung gerichtlicher Sachen unfähig sind [3]). Das nämliche findet in Ansehung des interdicti de libero homine exhibendo Statt [4]).

2) Man

2) Martin im angef. Lehrbuch §. 48. Danz Grundf. des bürgerl. Processes §. 145.

3) *L. 1. C. Si per vim. L. 3. Cod. Qui legitim. person.*

4) *L. 3. §. 9. et 11. D. de lib. homine exhib.* Danz Grundf. §. 40. S. 119.

2) Man muß auch der rechte Beklagte seyn, wenn man als solcher belangt wird. Dies ist man bey dinglichen Klagen, wenn man Besitzer der Sache ist, worauf das Realrecht des Klägers haftet; bey persönlichen Klagen hingegen, wenn man derjenige ist, in Ansehung dessen der hier in Frage kommende besondere Grund der Verbindlichkeit eintritt [5]). Ist man nicht der rechte Beklagte, man verschweigt es aber dem Kläger aus Bosheit, und läßt sich dennoch muthwillig auf die Klage ein, um den Kläger in einen vergeblichen Proceß herumzuziehen, welches eine oblatio ad litem im eigentlichen Verstande genennt wird [6]), so muß man nicht nur die Kosten des Proceßes tragen, sondern man wird auch noch zur Leistung der Interesse, zu dessen Beweise der Kläger sich des Schätzungseides bedienen kann, verurtheilt [7]).

So wie nun der Beklagte in der Regel nicht befugt ist, von dem Rechte eines Dritten Einreden herzunehmen [8]); so kann er auch der Regel nach aus der Schuldverbindlichkeit

5) Martins Lehrbuch §. 62.

6) Sie kann sowohl bey Realklagen, *L.* 13. §. 13. *et L.* 45. *D. de heredit. petit. L.* 27. *D. de Rei vindic.* als bey Personalklagen vorkommen, *L.* 9. §. *fin. D. de interrogat. in iure.* Man sehe vorzüglich *Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746.

7) *L.* 45. *D. de heredit. petit. L.* 68. *D. de Rei vindicat.* Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 40. S. 118.

8) *Car* DIENEMANN Diss. de exceptione ad ius tertii pertinente plane inutili, praef HENNE def. *Erfordiae* 1778 Ein anders ist, wenn der Beklagte bey dem Rechte des Dritten auf irgend eine Art interessirt ist. MEVIUS P. V. Decis. 33.

keit eines Dritten nicht belangt werden, wenn er auch übrigens in einer noch so genauen Verbindung mit ihm stehen sollte [9]) Denn so haftet z. B. die Frau nicht für die Schulden des Mannes, der Mann nicht für die Schulden der Frau [10]), der Vater nicht für die Schulden des Sohnes, noch der Sohn für den Vater [11]). Es giebt indessen Ausnahmen von der Regel. Dahin gehört

1) Wenn man des Dritten Erbe geworden ist, aus dessen Handlungen man belangt wird.

2) Wenn man sich für den Dritten verbürgt hat, oder mit demselben in einem solchen Verhältniß stehet, daß man für die Schulden desselben durch das Recht selbst verbindlich wird. So z. B. kann bey einer allgemeinen Gütergemeinschaft die Frau zur Bezahlung der von dem Ehemann auch einseitig contrahirten Schulden angehalten werden [12]).

3) Wenn man zu der Handlung des Dritten, aus welcher man belangt wird, seine Einwilligung gegeben, oder solche wenigstens nachher gebilliget hat [13]). Aus diesem Grunde kann ein Handlungsprincipal aus den Handlungsgeschäf-

9) VOET ad Pand. h. t. §. 29.

10) Tit. Cod. *Ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conv.* (Lib. IV. Tit. 12.)

11) Tit. Cod. *Ne filius pro patre vel pater pro filio conven.* (Lib. IV. Tit. 13.)

12) Benj. Fried. Pfizer von den Rechten und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantproceß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 73. u. 74.

13) *L.* 1. *C. Ne filius pro patre.*

geschäften seines Factors, ein Vater aus dem Darlehn seines Sohns belangt werden. Auch bey unerlaubten Handlungen kann mich zuweilen die bloße Billigung verantwortlich machen; dies ist z. B. der Fall bey Gewaltthätigkeiten gegen das Eigenthum, wenn bloß von der Klage auf Privatgenugthuung die Rede ist [14]).

4) Endlich kann auch zuweilen eine Schuld um des gemeinen Bestens willen in den Gesetzen dergestalt begünstiget seyn, daß Frau und Kinder des Schuldners dafür haften müssen, wenn sie auch weder Erben desselben geworden sind, noch sonst dafür gutgesagt haben. Ein Beyspiel davon geben die Primipilarschulden, wegen deren sich die Kriegskasse an das Vermögen der Frau und Kinder des Schuldners halten kann [15]).

§. 531.

Von der Intervention.

Nicht selten geschieht es, daß ausser dem Kläger und Beklagten auch noch ein Dritter, wegen eines eigenen oder gemeinschaftlichen Interesse, an einem schon anhängigen Rechtsstreit Antheil nimmt. Eine solche Einmischung eines Dritten in einen zwischen andern streitenden Theilen rechtshän-

14) *L. 1. §. 14. D. de vi et vi armata.* Sed et si, quod alius deiecit ratum habuero, sunt, qui putent secundum SABINUM et CASSIUM, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri deiecisse, Interdictoque isto teneri: et hoc verum est. Rectius enim dicitur, *in maleficio ratihabitionem mandato comparari.*

15) *L. 3. et 4. Cod. de primipilo. L. 4. Cod. in quib. caus. pign. trac. contrah.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1211.

hängigen Proceß, welche zum Zweck hat, entweder seine eigene Ansprüche durchzusetzen, oder weil der Ausgang des Processes auch auf seine Gerechtsame Einfluß hat, die Sache der einen Parthey verfechten zu helfen, wird überhaupt die Intervention [16]) genennt. Unser Verfasser sagt: actus, quo quis alienae liti sponte se immiscet, *interventio* dicitur; und Herr Regierungsrath Danz [17]) giebt folgenden Begriff: die Intervention ist diejenige gerichtliche Handlung, wo ein Dritter in einen bereits angefangenen Rechtsstreit freywillig in der Absicht sich einmischt, um entweder seine eigene Gerechtsame durchzusetzen, oder einem oder dem andern der streitenden Theile aus rechtlicher Schuldigkeit beyzustehen.

Allein gegen beyde Begriffe ist zu erinnern,

1) daß eine Intervention nicht immer freywillig geschieht, sondern sie kann auch, wenn eine der Partheyen die Einmischung des Dritten in den Rechtsstreit zu verlangen gegründete Ursache haben sollte, durch das Mittel der Litisdenunciation bewirkt werden, wodurch dieser zum Beytritt genöthiget, oder doch wenigstens das Nichtbeytreten desselben für jene Parthey nun unschädlich wird [18]). So z. B. kann der Käufer, wenn er der gekauften Sache wegen von einem Dritten in Anspruch genommen wird, von dem Verkäufer, ferner der Bürge, wenn er aus der Bürgschaft belangt wird, von dem Hauptschuldner verlangen, daß

16) *Iust.* CLAPROTH de interventione libellus. *Goettingae 1763.*

17) Grundsätze des gemeinen ord. bürg. Processes §. 477.

18) Gröllmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 159.

daß er ihn gegen den Kläger vertheidigen helfe [19]). In dem Begrif des Herrn Reg. Raths Danz wird dies auch zugegeben, wie aus den letztern Worten desselben erhellet. Nur entsteht freylich eben hierdurch ein Widerspruch in diesem Begriffe, der sich nicht leicht vereinigen läßt.

2) Kann man auch nicht einmahl in jedem Falle behaupten, daß wenn der Intervenient einem von beyden streitenden Theilen beysteht, dies immer aus rechtlicher Schuldigkeit geschehe. Der Intervenient kann auch wider den Willen der streitenden Theile dem Processe in der Absicht beytreten, um eine ihm nachtheilige Collusion zu verhüten. Ein Beyspiel davon giebt Ulpian [20]). Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes, et eum, qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est; eisdemque permissum est appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit. Nach dem neuern röm. Rechte ist zwar in diesem Falle die Intervention unnöthig, weil die Vermächtnisse gültig bleiben, wenn gleich das Testament mit der Inofficiositätsklage rescindirt wird [21]).

19) VOET ad Pandect. h. t. §. 35. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4270.

20) *L. 29. D. de inoff. testam.*

21) *Nov. CXV. cap. 3. et 4.* Wäre auch aus irgend einem andern Grunde über die Gültigkeit des Testaments gestritten, und durch Collusion oder Partheylichkeit des Richters zum Nachtheil der Legatarien gegen den Testamentserben gesprochen worden, so schadet dieses den Legatarien nichts, diesen bleibt ihr Klagerecht gegen den obsiegenden Theil unbenommen. *L. 50. §. 1. D. de legat. I. L. 14. D. de appellat.*

Allein es ist doch auch nach dem neuern röm. Rechte aus dem bemerkten Grunde die Intervention einem Legatar gestattet, wenn ihm eine streitige Sache vermacht ist, weil hier sein ganzes Recht von dem Ausgange des Processes abhängt. Unde damus licentiam legatario, sagt **Justinian** [22]), si hoc prodesse sibi putaverit, litis participem fieri: ut ne aliquam forte negligentiam seu proditionem heredi possit obiicere [23]).

Die Intervention ist nun bald eine **hauptsächliche**, (*interventio principalis*) bald eine **blos vertretende** oder **Nebenintervention**, (*interventio accessoria*) bald eine **gemischte**, (*interventio mixta*).

Geht die Absicht des Intervenienten dahin, sein eigenes, von dem Interesse der streitenden Theile ganz verschiedenes Recht, durchzusetzen, so ist dieses eine **Hauptintervention**. Diese ist wieder von zweyerley Art.

Eine **eigentliche Hauptintervention**, (*interventio principalis proprie sic dicta*), wenn der Intervenient behauptet, daß ihm ein besseres Recht zustehe, wodurch er beyde streitende Theile ausschliessen will. Eine solche Hauptintervention steht z. B. der Tochter zu, wenn sie sui iuris ist, und der Vater nach getrennter Ehe das Heyrathsgut zurückfordern will [24]).

Eine **uneigentliche Hauptintervention**, (*interventio principalis anomala*) wenn dem Intervenienten mit einem

22) *Nov. CXII. cap. 1.*

23) VOET ad Pandect. h. t. §. 35. HOFACKER Tom. III. §. 4270.

24) *L. 2. pr. L. 34. D. Soluto matrimon.*

einem der ſtreitenden Theile ein gemeinſchaftliches Recht zuſtehet, welches derſelbe mittelſt der Intervention durchzuſetzen ſucht [25]). Eine ſolche konnte nach dem röm. Rechte Statt finden, wenn eine Ehefrau zur Zeit der getrennten Ehe noch unter der väterlichen Gewalt ſtand, und der Vater das Heyrathsgut allein zurückfordern wollte. Denn in dieſem Falle gehört dos profectitia dem Vater und der Tochter gemeinſchaftlich zu; der Vater kann daher das Heyrathsgut anders nicht, als mit ausdrücklicher oder ſtillſchweigender Einwilligung der Tochter zurückfordern [26]).

Hilft der Intervenient blos die Rechte der einen Parthey verfechten, weil der Ausgang des Proceſſes auch auf ſein Recht Einfluß hat, ſo iſt dies eine Nebenintervention, und dieſe kann entweder freywillig geſchehen, z. B. wenn der Bürge ſich in den Proceß gegen den Hauptſchuldner einmiſcht, damit keine Colluſion zu ſeinem Nachtheil geſchehe; oder auf Verlangen des einen ſtreitenden Theils, z. B. wenn der Käufer den Verkäufer zur rechtlichen Vertretung auffordert [27]).

Geht endlich die Abſicht des Intervenienten theils auf Verfolgung ſeines eigenen Rechts, theils auf Vertretung der einen oder andern der ſtreitenden Partheyen, ſo wird dies eine gemiſchte Intervention genennt.

25) *Io. Caſp.* HEIMBURG Progr. de interventione principali anomala. *Ienae 1756.* Nettelbladts Verſuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 102.

26) *L. 2. §. 1. et 2. et L. 3. D. Soluto matrimon. L. 34. D. eodem.*

27) VOET h. t. §. 35.

Alle diese Interventionsarten kommen darin mit einander überein.

1) daß sie bey dem Intervenienten stets ein gegründetes Interesse vermöge eines gegenwärtigen Rechts voraussetzen [28]), welches mit dem Hauptproceß in irgend einer Verbindung steht, und wenigstens einigermaßen bescheiniget [29]), oder allenfalls durch den Eid vor Gefährde außer Zweifel gesetzt werden muß [30]). Wegen eines noch zukünftigen Rechts ist schon eine Protestation hinreichend, um sich gegen einen besorglichen Schaden zu verwahren, wofern nicht etwa ein solcher Fall vorhanden ist, daß der Nachtheil, welcher bevorsteht, in der Folge nicht wieder gutgemacht werden könnte [31]).

2) Sie müssen wenigstens gegen einen der ursprünglich streitenden Theile gerichtet seyn, wofern nicht etwa die Absicht des Intervenienten dahin gehet, sich das streitige Recht allein anzumaßen, in welchem Falle die Intervention wider beyde streitende Theile gerichtet werden muß. Der Intervenient muß daher nach der Verschiedenheit seines Zwecks bestimmt angeben, wider welche der streitenden Haupttheile seine Intervention gerichtet sey [32]).

3) Jede

28) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. II. cap. 5. §. 2. *a* WERNHER Observat. for. T. III. P. I. Obs. 42.

29) *Cap. 38. X. de testib.* VOET ad Pand. h. t. §. 37. *a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 37.

30) SCHAUMBURG c. l. not. *. Danz Grundsätze des ord. bürg. Prozesses §. 479. not. a.

31) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de iure futuro. *Halae 1741.* Cap. II. §. 17. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 448.

32) Claproth in der angef. Einleitung. 2. Th. §. 450.

3) Jede Intervention muß nothwendig, wegen des Zusammenhangs der Sache, bey demjenigen Richter angebracht werden, vor welchem der Hauptstreit anhängig ist, er sey übrigens der ordentliche oder ein commissarischer Richter, in sofern nämlich letzter zur ganzen Sache bestellt ist [33]). Endlich

4) finden auch Interventionen nur im ordentlichen Civilproceß Statt. Wenn man bey einem Criminalproceß durch Adhäsion sein Recht, von dem in Untersuchung gerathenen Verbrecher Entschädigung zu fordern, verfolgt, so ist dies keine Intervention zu nennen, weil der Begrif derselben gar nicht auf die Adhäsion paßt; sondern das Entschädigungsgesuch und die Untersuchung der Criminalsache machen hier zwey verschiedene von einander unabhängige Puncte aus, worüber der Richter in seinem Urtheil zugleich zu sprechen verbunden ist [34]).

Darin sind nun aber die angegebenen Interventionsarten von einander unterschieden,

1) daß die Hauptintervention einen neuen Rechtsstreit begründet, in welchem der Intervenient als Kläger, die beyden in den Hauptproceß verwickelte Partheyen

33) VOET ad Pand. h. t. §. 36. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 125. Claproths Proceß. 2 Th. §. 447.

34) Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 481. not. a. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 703. Anderer Meinung ist jedoch Hr. Hofr. KLEINSCHROD in Theoria processus sic dicti denunciatorii seu potius adhaesionis in causis criminalibus obvenientis. *Wirceburgi 1797.* §. 6.

theyen aber als Beklagte angesehen werden, und zwar besteht die Wirkung

a) der eigentlichen Hauptintervention darin, daß der bisherige Rechtsstreit so lange ruhen muß, bis die Intervention rechtskräftig entschieden ist; jedoch nicht immer, sondern nur dann, wenn die Hauptintervention, wie gewöhnlich, so beschaffen ist, daß wenn der Intervenient obsiegt, der Streit zwischen dem Kläger und Beklagten ganz vergeblich seyn würde. Z. B. wenn zwey über die Gültigkeit eines Testaments streiten, und ich nehme die Erbschaft aus einem Erbvertrage in Anspruch [35]). Tritt jener Fall nicht ein, so kann, der Intervention ungeachtet, in der Hauptsache fortgefahren werden. Z. B. der Erbe belangt einen Schuldner, der Intervenient aber behauptet, daß ihm diese Forderung von dem Erblaßer geschenkt sey, so kann die Hauptsache wider den Schuldner immerhin ihren Fortgang haben.

b) Die uneigentliche Hauptintervention hingegen hemmet nie den Lauf des Hauptproceßes, sondern die Intervention wird hier neben der Hauptsache verhandelt, damit jedoch dieselbe nicht vereitelt werde, so kann der Intervenient Caution verlangen [36]).

Eine ganz entgegengesetzte Wirkung hat die acceßorische Intervention. Diese veranlaßt überall keinen neuen

35) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. II. Cap. 5. § 3. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 469. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß. 2. Th. § 453.

36) HEIMBURG cit. Progr. de interventione princ. annomala. §. 12. et 13.

neuen Proceß, sondern macht den Intervenienten blos zu einem Streitgenoßen, welcher mit derjenigen Parthey, für welche er auftritt, nur für eine Person gehalten wird. Der Intervenient muß hier aber die Sache in der Lage annehmen und fortsetzen, in welcher er sie findet [37]).

2) Die Hauptintervention findet zu jeder Zeit und in jeder Lage der Hauptsache Statt [38]). Sie ist also auch noch in den höhern Instanzen zuläßig, und selbst die Rechtskraft an sich steht ihr nicht im Wege [39]). Nur muß der Intervenient, wenn die bereits erkannte Hülfsvollstreckung dadurch gehemmt werden soll, vollständig darthun können, daß ihm gerade daran hauptsächlich gelegen sey, daß die Execution nicht vor sich gehe, weil ihm ein unersetzlicher Schade dadurch entstehen würde [40]). Sonst kann der Intervenient nur Caution wegen der Wiedererstattung fordern [41]). Die acceßorische Intervention hingegen wird nicht mehr zugelassen, wenn die Sache schon rechtskräftig entschieden ist. Diese kann vermöge ihres Begrifs

37) *Cap. 2. in fin. Ut lite pendente in 6to.* SCHAUMBURG. c. l. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4272. lib. B. CLAPROTH de Interventione Cap. III. §. 34.

38) Danz Grundſ. des ord. bürg. Proc. §. 482.

39) *Io. Paul.* BESSERER Diſſ. de interventione poſt ſententiam *Gieſſae 1744.*

40) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 176. MEVIUS Tom. II. P. VII. Deciſ. 371.

41) Claproths Einleitung in den ord. Proc. §. 452. MEVIUS Tom. II. P. VII. Deciſ. 396.

nur so lange Statt finden, als der Beystand des Intervenienten noch von Nutzen seyn kann[42]).

Soviel endlich

3) die gemischte Intervention anbetrift, so nimmt diese die Natur der einen oder andern jener Interventionen an, welche die stärkere dabey ist[43]). Gewöhnlich wird sie nach den Regeln der Hauptintervention beurtheilt, weil diese die beträchtlichste ist[44]).

§. 532.

Wenn kann Jemand wider seinen Willen zu klagen genöthiget werden?

Niemand kann der Regel nach wider seinen Willen gezwungen werden, eine Klage anzustellen, sondern man muß es der Willkühr eines jeden Klägers überlassen, ob er klagen will, oder nicht[45]). Es finden jedoch Ausnahmen Statt[46]). Dahin gehöret,

1) wenn Jemand entweder vermöge des eingegangenen Vertrags, oder vermöge seines Amts zu klagen verpflichtet ist. Beyspiele, wo Jemand vermöge eines Contracts wider einen andern zu klagen genöthiget werden kann, enthalten

42) CLAPROTH de interventione Cap. III. §. 33. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. II. cap. V. §. 5.

43) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 226.

44) Claproths bürgerl. Proc. 2. Th. §. 460.

45) *L. un. Cod. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. L. 5. §. 6. D. de doli mali et met. except.*

46) *Ge. Ad.* SCHUBERTH Diss. de actore invito ad agendum provocato. *Lipsiae 1723.*

ten *L.* 5. §. 12. *D. commodati*, *L.* 13. §. 30. *D. de action. emti venditi. L.* 60. §. 5. *D. locati. L.* 2. *pr. D. ad Leg. Rhod. de iactu.* Wenn ich also z. B. einem Freunde meine Sache geliehen habe, um sie seinem Gläubiger zum Pfande zu geben, so kann ich, wenn der Gläubiger bezahlt ist, und doch das Pfand in Güte nicht herausgeben will, den Commodatar mit der Contractsklage nöthigen, daß er gegen den Gläubiger die actionem pigneratitiam anstelle. Man setze ferner, der Verkäufer eines Hauses habe sich beym Verkauf desselben ausbedungen, daß der Käufer den Miethmann nicht vertreiben wolle, bis die Miethzeit um ist; wenn nun letzter in dem Hause Schaden thut, so kann der Käufer actione emti den Verkäufer zwingen, daß dieser actione locati gegen den Miethmann auf Ersatz klage. In diesen Fällen kann nun zwar derjenige, welcher zu klagen verbunden ist, seine Klage auch dem andern cediren, er muß indessen billig die Proceßkosten erstatten, auch dasjenige leisten, was von dem dritten Beklagten nicht erhalten werden konnte, z. B. wenn in jenem Falle das Pfand durch ein ganz geringes Versehen wäre beschädiget worden, so kann deshalb mit der gegen den Gläubiger cedirten Pfandcontractsklage kein Ersatz gefordert werden, sondern dafür bleibt der Commodatar verantwortlich. Deswegen sagt **Ulpian** in der angeführten *L.* 5. §. 12. *in fin. D. commodati:* Sumtum plane litis caeteraque aequum est, eum agnoscere, qui commodatum accepit. Von Amtswegen sind hingegen zu klagen verpflichtet, Tutoren und Curatoren, ferner herrschaftliche Fiskäle [47]).

2) Wenn

47) *L.* 16. *D. L.* 18. *L.* 24. *Cod. de admin. tutor. et curator.*

2) Wenn Jemand bey Verlust seines Rechts zu dessen Verfolgung rechtlich aufgefordert werden kann. Eine solche Aufforderung zur Ausführung habender Ansprüche kann

a) zuweilen vom Richter selbst geschehen. Es wird dazu nicht gerade, wie unser Verf. meint, eine Edictalcitation erfordert, sondern es kann dieses auch mittelst einer Privatladung geschehen, welche der Richter bey Androhung der Präclusion ergehen läßt. Da jedoch eine solche peremtorische Citation sich immer nur auf den concreten Fall beschränkt, welcher dermahlen beym Richter obschwebt, so kann die Nichtbefolgung der dadurch geschehenen richterlichen Aufforderung nur in soweit einen Verlust des Rechts nach sich ziehen, als solcher von dem Richter wirklich angedrohet worden, und auch gültig angedrohet werden konnte [48]). Wenn daher bey einem entstandenen Concurs die Gläubiger mittelst der deshalb erlassenen Edictal- oder Privatladungen sind aufgefordert worden, ihre Ansprüche und Forderungen in einer dazu anberaumten Frist bey dem Concursgericht anzubringen, und zugleich diejenigen, welche in dem Termin nicht erscheinen würden, mit der Präclusion bedrohet worden sind, so kann das Nichtliquidiren eines Gläubigers zwar den Verlust des Rechts, an der Concursmasse Theil zu nehmen, aber nicht den Verlust der Forderung selbst nach sich ziehen [49]). Es kann folglich dem präcludirten Gläubiger nicht versagt werden, seinen Anspruch unter andern Verhältnissen gegen den Schuldner selbst,

48) Man sehe Hrn. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 93. S. 434. f.

49) Hrn. von Trützschler Lehre von der Präclusion beym Concurs der Gläubiger. 2. Abschn. 2. Abth. §. 34. ff.

selbst, oder auch gegen andere Personen und Sachen geltend zu machen [50]). Man sieht zugleich aus diesem Beyspiel, daß der Richter nicht schlechthin die Macht habe, einen Gläubiger bey Verlust seines Rechts zur Klage aufzufordern [51]). Denn man kann Keinem die ihm in den Gesetzen vergönnten Klagefristen beschränken [52]). Es ist vielmehr eine solche Androhung ohne Wirkung, wofern nicht dieses Präjudiz in den Gesetzen selbst verordnet ist [53]).

Die Aufforderung zum Klagen kann nun aber auch

b) von dem künftigen Beklagten geschehen, wenn entweder Jemand sich gerühmt hat, daß ihm an desselben Person oder Sachen Ansprüche zustehen, oder aber der Andere das Anbringen einer ihm wirklich zustehenden Klage so lange aufschiebt, daß der künftige Beklagte den Verlust seiner Einreden befürchten muß. In jenem Falle bedient er sich der Provocation *ex lege diffamari*, in diesem aber der Provocation *ex lege si contendat*. Man leitet beyde Rechtsmittel gewöhnlich aus dem Röm. Rechte her, sie haben auch ihre Benennungen von den Anfangswörtern der römischen Gesetze erhal-

50) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 176. von Trützschler a. a. O. §. 38. ff. Weber in der angef. Entwickelung §. 93. S. 435. §. 109. u. §. 115. S. 544.

51) von Trützschler 2. Abschn. 1. Abth. §. 10. Not. 1. und §. 11. S. 20.

52) Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 548. Not. 1. S. 587. und HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 106.

53. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. IV. Obs. 585. Martins Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes §. 69.

erhalten, in denen sie gegründet seyn sollen [54]); allein daß sie vielmehr einer Usualerklärung jener Gesetzstellen ihren Ursprung verdanken, hat schon Meister [55]) hinlänglich dargethan. Es soll von beyden Rechtsmitteln im folgenden Paragraph ausführlicher gehandelt werden.

§. 533. a.

Von der Provocation *ex L. diffamari.*

Die Provocation *ex Lege diffamari* findet wegen einer nachtheiligen Aeusserung oder Ausprengung Statt, welche unsere Person oder Sachen angehet. In der *L.* 5. *Cod. de ingenuis manumissis*, in welcher dieselbe gegründet seyn soll, kommt folgender Fall vor. Ein gewisser Crescenz war von Jemand diffamirt worden, er sey kein Freygebohrner, sondern nur ein Freygelassener. Crescenz stellt gegen den Diffamanten die wegen der Ingenuität zustehende Präjudicialklage bey dem Präses der Provinz an. Dieser citirt auch den Beklagten mit der Auflage, der Behauptung des Klägers zu widersprechen, wenn er gegründete Einwendungen zu haben glaubte. Allein der Diffamant erschien nicht. Crescenz beweißt nun den Grund seiner Klage, und erhält einen Rechtsspruch, der ihm den Zustand der Ingenuität sichert, und dem Diffamanten zur Strafe seines Ungehorsams ein ewiges Stillschweigen auflegt. Hier ist nun zwar von keiner Provocation zum Klagen die Rede, son-

54) *L.* 5. *Cod. de ingenuis manumissis*, und *L.* 28. *D. de fideiussor.* Jenes Gesetz fängt sich mit dem Wort: *diffamari*, dieses aber mit den Worten: *Si contendat* an.

55) Diss. de falsa probatione processus provocatorii ex iure Rom. in *Opuscul.* Syllog. I. Nr. II. pag. 76. sqq.

sondern Crescenz hat gleich selbst die Präjudizialklage wegen der Ingenuität angestellt [56]). Allein die Praxis versteht nun einmahl schon seit den Zeiten des Kaisers Friedrich III. [57]) dieses Gesetz von einer geschehenen Aufforderung zum Klagen wegen einer nachtheiligen Berühmung, und leitet hieraus dasjenige Rechtsmittel her, wodurch Jemand, der sich gerühmt hat, daß ihm an unserer Person oder an unsern Sachen Ansprüche zustehen, aufgefordert wird, seine gerühmten Ansprüche rechtlich anzubringen und auszuführen, oder aber zu gewärtigen, daß ihm ein ewiges Stillschweigen werde aufgelegt werden; und dieses Rechtsmittel wird von dem Anfangsworte der L. 5. C. C. de ingenuis manum. *Provocatio ex lege diffamari* genennt [58]). Wir bemerken von dieser Provocation Folgendes.

I) Sie setzt eine geschehene Diffamation voraus. Das Wort *diffamare* bedeutet zwar eigentlich soviel als etwas bekanntmachen, ausspreng en und unter die Leute bringen, was zu eines Andern Nachtheil gereicht. Allein nach dem Sprachgebrauch der Praxis heißt Diffamation jede Behauptung oder Aeusserung, die von Jemand zu unserm Nachtheil auffergerichtlich, es sey öffentlich oder unter vier

56) Man sehe vorzüglich *Io.* KOENEN Commentat. ad L 5. Cod. de ingen manum. vetum eius sensum usumque, quem in foris nostris nacta est, expendens. *Duisburgi ad Rhenum 1747. 4.*

57) Wie BERGER in Electis processus provocatorii §. 6. p. 214. sq. aus Blarers Comm. ad L. diffamari bemerkt hat.

58) *Dict. Herm.* KEMMERICH Exercit. qua capita quaedam iudicii provocatorii ex Lege diffamari illustrantur *Vitemberg. 1724.* und besonders *Io. Christoph.* KOCH Diss. de foro competente provocationis ex lege diffamari. *Giessae 1777.*

vier Augen geschehen ist, sie bestehe nun in einer schimpflichen Nachrede, oder in einem bloßen Berühmen von vermeintlichen Ansprüchen [59]). Nicht jede Diffamation begründet indessen eine Provocation ex lege diffamari, sondern diese findet

II) nur eigentlich [illegible] Statt, wenn sich der Diffamant eines gegen uns oder an unsern Sachen zustehenden Rechts oder Klage gerühmt hat. Sie ist daher

1) kein schickliches Mittel, wenn die Aussprengung ein bloße Verbalinjurie enthält [60]). Denn mittelst dieser Pro-

59) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. 6. §. 4. KOCH cit. Diss. Cap. I. §. 1. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXI. medit. 2. Letzter behauptet, daß auch in einem Privatschreiben, worin man von Jemand etwas fordert, und ein Recht gegen denselben zu haben vorgiebt, eine Diffamation geschehen könne, weshalb die Provocation ex L. diffamari Statt finde. Dieser Meinung widersprechen zwar die *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decision P. I. Consil XXXVIII. n. 8. pag. 439. sq. Allein der Grund, daß die Gesetze die Interpellation jedem Gläubiger verstatten, *L. 32. pr. D. de Usur.* ist nicht überzeugend. Denn offenbar ist das nur von solchen Gläubigern zu verstehen, welche gegründete Ansprüche machen. Allein die Provocation ex L. diffamari wird blos gegen die gerichtet, die sich gewisser Ansprüche rühmen, welche ihnen vom Provocanten nicht eingeräumt werden.

60) SCHAUMBURG cit. loc. §. 4. et not. *****. BERGER Elect. proces. provocator. §. 12. p. 219. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 635. KOCH cit. Diss. Cap. I. §. 3. nr. I. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4267. Claproth Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe §. 270. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 72. und besonders KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. II. (*Wirceburgi 1799.*) §. 17.

Provocation könnte der Diffamat doch weiter nichts verlangen, als daß der Provocat die Wahrheit seiner Schmähung oder Diffamation beweise. Diesen Beweis führt nun entweder der Diffamant, oder nicht. In dem ersten Falle hat der Provocationsproceß ein Ende, und der Provocant kann nun durch das gewählte Rechtsmittel weiter nichts erhalten. In dem letztern Falle hingegen wird zwar dem Provocaten ein immerwährendes Stillschweigen aufgelegt. Allein dies ist doch noch keine Genugthuung für die dem Provocanten zugefügte Ehrenkränkung. Verlangt er diese, so muß er nun doch noch die Injurienklage anstellen. Was hat er nun also durch die Provocation gewonnen? Man wendet zwar dagegen ein, daß dem Diffamaten doch daran gelegen seyn könne, es öffentlich beglaubigt zu erhalten, daß der Diffamant seine Behauptung wahrzumachen nicht im Stande gewesen; und dann könne nun auch die eigentliche Injurienklage mit desto bessern Erfolge wider denselben angestellt werden, wenn er seine Diffamation nicht hat beweisen können [61]). Allein eben diesen Zweck kann der Diffamat auch durch die Injurienklage erreichen, welche auch nicht einmal immer durch die Einrede aufgehoben wird, daß die ehrenrührige Nachrede sich auf die Wahrheit gründe [62]). Es erhellet hieraus

61) Man sehe Hrn. Prof. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück. Nr. 4. S. 32. f. und Ebenderselbe über Injurien und Schmähschriften. 2. Abth. S. 96

62 KORNEN cit. Commentat. ad L. 5 C. de ingen. manum. Cap. II. §. 23. et §. 30. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2 Band. N. LXII. S. 214 ff. Weber über Injurien. 1. Abth. S. 171.

aus zugleich, daß eine Cumulation der Aufforderung mit der Injurienklage noch weniger schicklich ist. Ja es ist an sich ganz widersprechend, denjenigen zum Rechtsstreit aufzufordern, wider den man gleich selbst die Klage anstellt [63]). Quistorp [64]) meint zwar, daß eine solche Verbindung wenigstens alsdann für zuläßig zu halten sey, wenn der gerichtliche Antrag darauf gehen sollte, daß nämlich auf den Fall, da der Provocat die Diffamation eingestünde, ihm der Beweis der Richtigkeit derselben aufgelegt, bey dem Mangel genugsamer Beweisführung aber ihm nicht allein ein ewiges Stillschweigen anbefohlen, sondern er auch wegen der auf solche Art genugsam gegründeten Injurienklage zu der verwirkten Strafe und Leistung der Privatgenugthuung verurtheilt werde. Allein dessen nicht zu gedenken, daß auch bey der Injurienklage das Gesuch darauf gerichtet werden kann, daß der Beklagte entweder die Wahrheit seiner schimpflichen Nachrede beweiße, oder Genugthuung leiste [65]), ohne daß es deshalb einer solchen Cumulation bedarf, als Quistorp annimmt; so würde ich überhaupt nie rathen, auf Beweis der Wahrheit zu libelliren, weil der Kläger dadurch

Hübner über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien. (Leipzig 1800.) S. 219. ff. von Bülows und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3 B. Erört. 11.

63) BERGER Elect. processus provocator §. 13. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 12. HOFACKER c. l. Tom. III. §. 4267. nr. I.

64) Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 2. Th. Bemerk. LXI.

65) KLEINSCHROD cit. Doctrina Specim. II. §. 17. pag. 32.

durch dem Beklagten einräumt, daß wenn er diesen Beweis zu führen im Stande sey, er keine weitere Genugthuung von ihm verlange, da doch die Einrede der Wahrheit die Injurienklage nicht aufhebt, wenn der Privatvorwurf wahrer Verbrechen am unrechten Orte, oder auf eine beschimpfende Art, oder von einem wegen persönlicher Verhältnisse dazu nicht befugten Menschen geschehen ist [66]). Will nun aber, alles dessen ungeachtet, Jemand dennoch in einem solchen Falle, wo die Nachrede in einer eigentlichen Injurie bestehet, seinen Gegner ex L. Diffamari provociren, daß er seine Behauptung beweise, oder gewärtige, daß ihm ein immerwährendes Stillschweigen werde aufgelegt werden; so mag er es meinetwegen thun. In der Praxis darf er wenigstens nicht befürchten, daß die Provocation vom Richter als unzuläßig werde verworfen werden [67]). Da die Provocation ein Berühmen von eigenen Ansprüchen des Diffamanten voraussetzt, so folgt hieraus

66) Hübner über Ehre und Injurien S. 220. f.

67) MEVIUS Tom. I. P. I. Decis. CXLIV. Nachdem dieser Jurist eine Menge Gründe angeführt hat, aus welchen er selbst die Provocation ex L. diffamari einer blosen Injurie wegen für unzweckmäßig hält, fügt er hinzu: *Hae rationes sufficere potuissent ad excludendum aut removendum a conviciis illud remedium, si nondum pro iis in usum venisset, et sine hoc de eo iudicandum foret. Postquam autem consuetudine, et stylo curiae sic invaluit, ut iniuriarum causa ex L. diffamari agatur, etsi id primum per errorem et abusum contigerit, tamen sequi oportet, donec lege corrigatur. Quam condere sicut non est iudicis, ita nec consuetudinem tollere. Praevalere debet apud iudicem consuetudo suae opinioni.*

2) daß dieselbe in dem Falle nicht zulässig sey, da die Diffamation das Recht eines Dritten betrift[68]). Ob übrigens die Diffamation bedingt oder unbedingt geschehen, ist gleichviel. Ludovici[68]) behauptet zwar, bey einer bedingten Berührung müsse Provocant die Erfüllung der Bedingung erst abwarten; allein diese Meinung ist ungegründet[70]).

III. Die Provocation ex L. diffamari findet wider denjenigen nicht Statt, welcher mit dem Beweise desjenigen Rechts, welches er zu haben behauptet, nicht beschwert werden kann, sondern die Vermuthung für sich hat. Daher kann der Besitzer einer Sache nicht zum Klagen aufgefordert werden, wenn er läugnet, daß einem Andern ein Recht auf dieser Sache zustehe[71]). Hier muß der Provocat gleich abgewiesen werden, weil er anders nichts intendirt, als den Beweis, der ihm als Kläger obliegen würde, auf den Provocaten zu wälzen, welches unbillig und widerrechtlich ist, weil dem Besitzer nicht aufgelegt werden kann, sein Recht an der innehabenden Sache zu beweisen[72]). Be-

68) BERGER Electa proceſſ. provocator. §. 17. KOCH cit. Diſſ. Cap. I. §. 3. pag. 15.

69) Einleitung zum Civilproceß. Kap. 5. §. 6.

70) SCHAUMBURG Princip. prax. iur. iud. Lib. II. cap. 6. §. 4. not.**) und Gmelin und Elsässer gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. Band IV. Nr. XVII. §. 164. S. 242.

71) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim LXXXI. medit. 7. BERGER in cit. Elect. §. 15. *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 85. pag. 327. ſq.

72) §. 4. *I. de Interdict.* *L. fin. Cod. de Rei vindicat.* *L. 4. C. de edendo.* *L. 7. C. de teſtib. ab* ENGELBRECHT Obſervat. for. Spe-

Behauptet also der Provocant, daß ihm auf dem Grundstück, welches der Provocat besitzt, ein Eigenthumsrecht oder eine Servitut zusteht, und letzterer läugnet ihm dieses Recht ab, so muß Provocant angewiesen werden, die seiner Intention angemessene Eigenthums- oder Confessorische Klage anzustellen [73]).

IV. Die Diffamation muß bescheiniget, und diese Bescheinigung der Provocationsschrift sogleich beygelegt werden [74]). Da jedoch dies nur eine vorläufige Bescheinigung ist, so sind, wenigstens nach der gemeinen Praxis, auch schon beglaubigte Abschriften der Briefe, welche die Aussprengung oder Berühmung enthalten, so wie auch summarische vor einem Notar aufgenommene Zeugenaussagen für hinlänglich zu halten [75]). Diese Bescheinigung der vorgegebe-

Specim. IV. Obs. 107. Martin Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 258. not. d.

73) KOCH cit. Diss. Cap. I. § 3. und WERNHER Observat. for. Tom. I P. I. Obs. 227.

74) R. Cammergerichtsordn. von 1555. P. II. Tit. 25. Reichsabsch. vom J. 1654. § 83. Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe §. 273. BERGER Elect. proc. prov. §. 26.

75) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 228 BERGER Elect. proc. provoc. §. 27. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib II. c. 6. §. 5. not. **. Eidesdelation findet jedoch hier nicht Statt. BERGER cit. Elect. §. 28. MEVIUS P. III. Decis. 393. *Chr. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. *Lipsiae 1786.* §. 7. pag. 14. Ludovici Einleitung zum Civilproceß. Kap. 5. §. 12. und Schmidts Commentar über Klagen und Einreden 2. B. §. 272. not. x. Anderer Meinung sind jedoch Claproth a. a. O. S. 383. und KOEHNEN in Comm: ad L. 5. C. de ingen. manum. Cap. V. §. 13.

gebenen Diffamation ist übrigens zur Begründung der Provocation ex L. diffamari so nothwendig, daß ohne dieselbe der Richter weder schuldig noch berechtiget ist, eine Citation an den Provocaten zu verfügen, und auch eine schon erkannte Vorladung für null und nichtig gehalten werden muß [76]).

V. Die Provocation begründet einen eigenen summarischen Proceß, in welchem der Provocant oder Diffamat als Kläger, der Provocat oder Diffamant aber als Beklagter anzusehen ist. Hieraus haben nun verschiedene Rechtsgelehrten [77]) die Folge hergeleitet, daß die Provocation vermöge der Regel, nach welcher der Kläger dem Gerichtsstande des Beklagten folgen muß, bey dem Richter des Diffamanten angebracht werden müsse. Allein da der Provocationsproceß ein blos vorbereitender Proceß ist, wodurch einem andern Hauptproceß der Weg gebahnet werden soll, in welchem der Diffamant Kläger, der Diffamat aber Beklagter ist; so lehrt es schon die Natur der Sache, daß in demjenigen Gericht, wo die Hauptklage angebracht werden muß, auch die Aufforderung geschehen müsse. Da nun dies der Gerichtsstand des Diffamatens ist, so ist unstreitig derselbe in dem Provocationsproceß als der allein zu-

76) MEVIUS P. IX. Decis. 98. et 102. WERNHER Obs. for. T. I. P. III. Obs. 177. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. I. Cons. XXXVIII. nr. 7. pag. 439. Besonders ist hier zu vergleichen KEMMERICH Exercit. qua capita quaed. iudicii provocator. ex L. diffamari illustrantur. §. 9.

77) VOET Commentar. ad. Dig. h. t. §. 23. KOEHNEN Commentar. ad. L. 5 Cod. de ingen. manumiss. Cap. IV. §. 2. und besonders *Io. Hartw.* REUTER Diss. de foro competente provocationum ex practica L. diffamari et L. si contendat. *Halae* 1751.

zuständige anzusehen [78]). Daß bey diesem Rechtsmittel auf den Gerichtsstand des Diffamanten gar nicht Rücksicht genommen werden darf, ist auch in dem Concept der Cammergerichtsordnung [79]) ganz deutlich vorgeschrieben, in welchem es heißt: Wo aber der Diffamat dem Reiche nicht ohne Mittel unterworfen, auch der, oder die Sache ihrer Natur nach, dahin in erster Instanz nicht gehörig, soll auf Anhalten derselben Parthey an unserm Kaiserlichen Kammergericht wider den Diffamanten unangesehen, wes Obrigkeit derselbe unterworfen, kein Proceß erkannt, sondern die Sache in beyden Puncten der Diffamation und Hauptsache vor die ordentlichen Gerichte gewiesen werden. Hiermit stimmt auch die heutige Praxis überein [80]). Es

78) Eben dies behauptet auch LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXI medit. 3. et 4. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. II. cap. 6. §. 3. KEMMERICH cit. Exercitat. §. 8. KOCH cit. Diff. Cap. I. §. 10. sq. Claproth Einleitung in die summarischen Processe §. 271. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 74 *Io. Andr.* HOFFMANN Diss de genuino remediorum provocatoriorum eorumque actionum annexarum usu practico. Ienae 1753. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4266.

79) Th 2. Tit. 27. §. 2. Man sehe über diese Stelle KOCH cit. Diss. Cap. II. § 14. sqq.

80) *Ioach.* MYNSINGER Centur. VI Obs. 90. nr. 3. CAII Lib. I. Obs. 9. nr. 3. KLOCK Vol. II. Consil IV. n. 32. sqq. CARPZOV Processs. iur. Tit. XX. Art. II. §. 1. Letzter sagt: *Concors est interpretum opinio, usu fori satis probata, quod ex L. diffamar*

ist daher ganz ungegründet, und aller Rechtsanalogie zuwider, wenn einige Rechtsgelehrte [81]) behaupten wollen, daß in Ansehung der Provocation ex L. diffamari ein jeder Richter, wenn er gleich sonst weder in Ansehung des Diffamanten der gehörige ist, für zuständig zu halten sey; eine Meinung, die schon darum keinen Beyfall verdient, weil ja die von einem notorisch incompetenten Richter erlassene Ladung eben so wenig verbindet, als die von einem solchen Richter geschehene Auflegung des ewigen Stillschweigens von Wirkung seyn kann [82]). Da jedoch die Provocation in Ansehung der Hauptsache keine Prävention wirkt [83]), so steht dem Provocaten oder Diffamanten noch immer frey, unter mehreren zuständigen Richtern des Provocanten denjenigen

famari agi debeat coram iudice diffamati ad instituendam scilicet actionem contra diffamatum, vel ad tacendum et diffamatum postbac non inquietandum.

81) MEVIUS P. III. Decis. 212. et 213. BERGER Elect. proc. provoc. §. 20. WERNHER Obs. for. Tom. I. P. I. Obs. 314. P. V. Obs. 109. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 5. Cod. de ingen. manumiss. nr. 11. *Io. Guil.* HOFFMANN selectar. quae ad usum fori spectant. Observation. Syllog. Diss. VII. Obs. 55. Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 5 §. 3. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Proceß B. 3. Hauptst. 5. §. 2.

82) *L. 20. D. de iurisdict.* LEYSER Specim. LXXXI. medit. 4. Ein Anders ist es, wenn sich der Provocat vor dem incompetenten Richter einläßt, ohne die ihm zustehende Einrede wegen des Gerichtsstandes vorzuschützen, denn hierdurch wird die Gerichtsbarkeit prorogirt. S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. II. cap. 6. §. 8. not ***.

83) PÜTTER libell. de praeventione atque inde nata praescriptione fori. Cap. V. §. 57. HOFFMANN cit. Observat. for. Diss. VII. Obs. 55.

jenigen zu wählen, bey welchem er die Hauptklage wider denselben anstellen will [84]).

VI. Die Wirkung der Provocation ex L. diffamari besteht nun darin, daß wenn der Provocat die ihm aufgegebene Klage binnen der gesetzten Frist gehörig anstellt, der Provocationsproceß, als ein blos präparatorischer, hiermit sein Ende hat. Nur muß der Provocat, insofern er einen andern ebenfalls zuständigen Richter in Ansehung der Hauptsache wählen sollte, als vor welchem die Provocation geschehen ist, wenigstens bey dem von dem Provocanten angegangenen Richter anzeigen, wo er die Hauptklage angestellet habe [85]). Bleibt hingegen der Provocat auf die an ihn gehörig erlassene peremtorische Citation ungehorsamlich aus, so wird nun auf die vom Provocanten angebrachte Ungehorsamsbeschuldigung die angedrohete Strafe des ewigen Stillschweigens wirklich erkannt, und Provocat zugleich in die verursachten Proceßkosten verurtheilt [86]). Gegen dieses Erkenntniß findet kein Rechtsmittel Statt [87]),

84) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 211. HOFACKER Princip. iur civ. Tom. III. §. 4266. in fin. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 74.

85) Claproth Einleitung in sämmtl. summar. Processe §. 277 und Danz in den angef. Grundsätzen §. 79.

86) Danz in den angef. Grundsätzen §. 78.

87) Claproth a. a. O. §. 281. Jedoch setzt dies einen wahren Ungehorsam voraus. Könnte also Provocat sein Ausbleiben aus rechtlichen Gründen entschuldigen, so kann ihm die Appellation nicht versagt werden. S. GAIL lib. I. Obs. 132. Hofmann teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1416. KOEHNEN cit. Commentat. Cap. V. §. 43.

und der Provocat kann nun seines gerühmten Anspruchs halber weder in dem Gericht, welches ihm das Stillschweigen aufgelegt hat, noch in irgend einem andern weiter Klage erheben [88]). Setzt der Provocat, des ihm aufgelegten Stillschweigens ungeachtet, die nachtheilige Berühmung doch noch fort, so muß ihm solches von dem Richter unter Androhung angemessener Geld- oder Gefängnißstrafen verboten werden [89]).

VII. Ob und in wiefern dieses Rechtsmittel auf die Erben übergehe, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Einige [90]) verneinen sie durchaus, und behaupten, daß die Provocation ex L. diffamari weder den Erben des Diffamaten zustehe, noch wider die Erben des Diffamanten Statt finde, wofern nicht etwa mit dem Verstorbenen die Einlassung bereits geschehen wäre. Allein offenbar werden hier die Grundsätze von der Injurienklage ganz unschicklich auf ein Rechtsmittel angewendet, welches doch, wenn es auch wegen einer ehrenkränkenden Diffamation gebraucht wird, nach diesen Grundsätzen durchaus nicht beurtheilt werden darf, da es einen ganz andern Zweck, als die Injurienklage, hat [91]). Berger [92]) hat diese Meinung gründlich widerlegt, ist aber dagegen in ein anderes Extremum verfallen,

88) BERGER Elect. proc. prov. § 42. pag. 257. und SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. II cap. 6. §. 6.

89) Danz Grundſ. der ſummar. Proceße §. 83.

90) TEXTOR ad Receſſ. Imp. nov. Diſp. V. Th. 11. MARTINI Commentat. for. Tit. I. §. 5. n. 85.

91) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 5. §. 25.

92) Elect. proc. provocat. §. 44.

fallen, welches in seiner Art wirklich so sonderbar ist, daß es wenigstens einer Anführung, wenn gleich keiner Widerlegung, bedarf. Berger glaubt nämlich, daß diese Provocation einen sogenannten Quasicontract zum Grunde habe, und folglich ohne weitern Unterschied active und passive auf die Erben übergehe. Wer von den römischen Quasicontracten nur einigen Begriff hat, wird gewiß die Bemerkung des Herrn Prof. Webers[93]) sehr treffend finden, wenn dieser sagt, es gehöre eine eigene Disposition zum Fingiren dazu, um dieses Rechtsmittel aus einem Quasicontract herzuleiten. Im Ganzen sind darin unsere heutigen Rechtsgelehrten[94]) einverstanden, daß zwischen den Erben des Diffamaten und den Erben des Diffamanten ein Unterschied zu machen sey. Nach ihrer Lehre sollen erstere allemahl berechtiget seyn, diese Provocation anzustellen. Denn da der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen eintritt, so kann er einmahl selbst für seine Person öfters ein starkes Interesse bey der Sache haben, weshalb es ihm nicht gleichgültig seyn darf, die Nachrede auf ihren Werth oder Unwerth beruhen zu lassen. Dann ist aber auch zweytens der Erbe doch wenigstens so viel immer dem Andenken seines Erblassers schuldig, daß er den guten Ruf desselben möglichst ungekränkt zu erhalten suche. Er muß mithin auch berechtiget seyn, diejenigen, welche dem Verstorbenen etwas Nachtheiliges

93) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 4. S. 31.

94) Claproth Einleitung in die sämmtl. summar. Proceße §. 272. Danz Grundsätze der summar. Proceße §. 73. Weber a. a. O.

liges nachgeredet haben, gerichtlich aufzufordern, daß sie ihre Behauptungen rechtlich beweisen sollen. Dies sind die Gründe, womit Herr Prof. Weber insonderheit Claproths Meinung unterstützt. Allein nach der Natur dieses Rechtsmittels scheint es mir hauptsächlich darauf anzukommen, ob die Ansprüche, deren sich der Diffamant gerühmt hat, eine Klage begründen würden, welche auch gegen die Erben des Diffamaten Statt findet, oder ob sie blos persönlich sind, die mit dem Tode des Diffamaten von selbst erlöschen. Nur in dem ersten Falle, glaube ich, können die Erben des Diffamaten ein gegründetes Interesse haben, den Diffamanten zum Klagen aufzufordern, aber nicht in dem letztern [95]). Läuft die Diffamation auf eine bloße Injurie hinaus, so halte ich überhaupt dieses Rechtsmittel nach dem, was ich oben davon gesagt habe, für unzweckmäßig. Es würde auch überdem der Erbe deswegen nur in sofern klagen können, als die seinem Erblasser wiederfahrne Injurie ihn zugleich mit trifft, und folglich die Entehrung des Nachruhms seines Erblassers auch für ihn selbst nachtheilig seyn könnte. Nur in sofern sagt Ulpian [96]): heredis interest, defuncti existimationem purgare, und giebt ihm deshalb eine Injurienklage.

Soviel nun hingegen die Erben des Diffamanten anbetrift, so behaupten die meisten heutigen Rechtsgelehrten, daß diese wegen der Diffamation ihres Erblaßers nicht belangt werden können, wenn sie die nachtheilige Ausspren-

gung

95) *Io Andr.* HOFFMANN Diss. cit. de genuino remediorum provocatoriorum usu practico §. XII.

96) *L. 1. §. 4 et 6. D. de iniur.* KLEINSCHROD Doct. de reparatione damni delicto dati Specim. II. §. 3. et 4.

gung nicht auch ihrer Seits fortgesetzt haben [97]). Nur der verstorbene Prof. Schmidt [98]) und Hofmann [99]) sind anderer Meynung: diese halten dafür, daß die Diffamationsklage, sobald der Gegenstand derselben keine bloße Injurie ausmacht, ohne Unterschied auch wider die Erben des Diffamanten gebraucht werden könne, weil die Erben für die Handlungen des Verstorbenen stehen müßten, und die Provocation ex L. diffamari kein blos persönliches Privatinteresse gegen den Diffamanten, sondern vielmehr Rechtfertigung bey dem grössern Publikum zum Grunde habe, welches nicht überzeugt werde, in wiefern die Diffamation ungegründet sey, wenn sie durch den Tod des Diffamanten auf sich beruhen bleiben sollte. Allein diese letztere Meinung widerlegt sich von selbst, wenn man bedenkt, daß die Diffamation eine ganz persönliche Handlung ist, deren Wirkung folglich gegen die Erben, als solche, nie Statt finden kann. Ueberdem gehet ja der Zweck unsers Rechtsmittels blos dahin, daß der Diffamant seine gerühmten Ansprüche rechtlich ausführen, oder gewärtigen solle, daß ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde. Nimmt nun der Erbe an der Diffamation seines Erblaßers weiter keinen Antheil, so kann auch gegen ihn der Grund der Verbindlichkeit, welcher aus der Diffamation entsteht, nicht mehr fortdauern. Es würde wenigstens sehr widersinnig seyn, von den Erben des Diffamanten zu verlangen, daß sie eine von ihrem Erblasser geschehene Berühmung beweisen, oder ein ewiges Stillschwei-

97) Claproth §. 272. Danz §. 73. Weber S. 34.

98) Theoretisch-pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden 2. Bd. S. 34. Not. y.

99) Diss. cit. de genuino remedior. provocator. usu pract. §. XIII.

schweigen gewärtigen sollen, denen es noch nicht eingefallen ist, für sich dergleichen Ansprüche zu machen, oder machen zu wollen. Hierdurch rechtfertiget sich nun zwar die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche es läugnen, daß die Provocation ex L. diffamari gegen die Erben des Diffamanten Statt finde. Wenn sie jedoch die Ausnahme beyfügen, daß sie alsdann belangt werden könnten, wenn sie die nachtheilige Berühmung auch ihrer Seits fortgesetzt haben, so wird einem Jeden von selbst einleuchten, daß sie alsdenn nicht mehr als Erben des Diffamanten, sondern vielmehr ihrer eigenen Diffamation wegen in Anspruch genommen werden; und folglich als Erben nie provocirt werden können. Es erhellet hieraus zugleich, daß wenn auch die Provocation noch bey Lebzeiten des Diffamanten wider denselben wäre angebracht worden, dennoch die Sache ein Ende habe, sobald der Provocat stirbt. Der Erbe, der an der Diffamation seines Erblaßers keinen Antheil nehmen will, ist daher den Proceß fortzusetzen nicht verbunden. Da indessen der Erbe wenigstens zu solchen Leistungen verbunden ist, welche das Vermögen betreffen, und folglich den Schaden ersetzen muß, den sein Erblaßer einem Andern durch rechtswidrige Handlungen verursacht hat; so versteht es sich von selbst, daß der Erbe dem Provocanten wenigstens die Proceßkosten erstatten müsse [100]).

§. 535. b.

Von der Provocation *ex L. si contendat.*

Ganz von jener Aufforderung verschieden ist die Provocation *ex Lege si contendat.* Man versteht darunter das-

100) Weber a. a. O. S. 35.

dasjenige Rechtsmittel, dessen man sich zur Aufrechterhaltung zuständiger Einreden wider eine bevorstehende Klage in dem Falle bedient, da bey längerer Verzögerung des Klägers deren Verlust zu befürchten ist [1]). Auch dieses Rechtsmittel ist so wenig, als das vorhergehende, in dem römischen Rechte gegründet, sondern blos durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden. Die *L.* 28. *D. de fideiussor*, woraus man insgemein den Ursprung desselben herzuleiten sucht, und von dessen Anfangsworten es auch seinen Namen erhalten hat, redet von keiner Provocation. **Paulus** sagt weiter nichts, als: Si contendat fideiussor, caeteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, *si non et illi solvendi sint*. **Meister** [2]) paraphrasirt die Stelle so: Ein Gläubiger belangt einen aus mehreren Bürgen. Dieser setzt ihm die exceptionem divisionis entgegen, und zwar zu der Zeit, da die übrigen Mitbürger noch solvend sind. Der Gläubiger aber unterläßt sie zu belangen, und sie werden in der Folge insolvend. Nun fragte sich's, ob der Gläubiger den erstgedachten Bürgen abermahl belangen,

1) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de remedio Legis, si contendat. D. de fideiussoribus. *Tubingae 1668.* (Vol. III. *Dissertat.*). BERGER Elect. processus provocatorii §. 47 sqq. Bernh. Fried. Rud. Lauhns nutzbarer Gebrauch der Vorklage wider klare Brief und Siegel in den Landen des sächsischen Rechts nach dem L. 28. D. de fideiussor. vermehrt von Joh. Christ. Gruber. Leipzig 1786. Claproths Einleitung in die sämmtlichen summarischen Processe §. 282. ff. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden 3. Band §. 848—852.

2) Diss. de falsa probatone processus provocatorii ex iur. Rom Cap. IV. §. 13. in *Opuscul.* Syllog. I. pag. 127. sq.

gen, oder ob sich nicht dieser auch noch jetzt mit der exceptione divisionis schützen könne? Paulus antwortet, ja. Das Princip, welches in diesem Gesetze liegt, sey also dieses: die exceptio divisionis, wenn sie zu gehöriger Zeit vorgeschützt worden, komme dem Bürgen nachher auf immer zu statten, wenn gleich die übrigen Mitbürgen in der Folge insolvend geworden wären. Allein offenbar hat hier Meister in dem Gesetz mehr gefunden, als darinn enthalten ist. Paulus will nur soviel sagen: Behauptet ein Bürge, den der Gläubiger aus mehreren belangt hat, die übrigen könnten auch bezahlen, so könne er nicht schlechthin in solidum zur Bezahlung verurtheilt werden, sondern der Prätor müsse zu seinem Besten der Instruction für den iudex pedaneus die Clausel beyfügen: es wäre denn, daß die andern bezahlen könnten [3]). Wir bemerken von dieser Provocation folgendes:

I. Sie ist so gut eine Aufforderung zum Klagen, als die Provocation ex L. diffamari, und es ist eine ganz irrige Vorstellung, wenn unser Verf. diese Provocation für eine Aufforderung zur Replik halten will, gleichsam als ob man einen Rechtsstreit mit der Replik anfangen könnte [4]). Es sind indessen mehrere practische Rechtsgelehrten jener Meinung.

3) S. Hugo civilistisches Magazin 1. B. 3. Heft S. 266. und Höpfners Commentar über die Institutionen des Heineccius §. 841. Not. 1. S. 835.

4) Claproth angef. Einleitung §. 286. Danz Grundsätze der summar. Processe §. 87. Not. **. HOFACKER Princip iur. civ. T. III. §. 4268. Höpfner a. a. O. §. 841. S. 834.

nung [5]). Soviel ist indessen richtig, daß hier das Gesuch nicht auf Strafe des ewigen Stillschweigens [6]), sondern vielmehr darauf zu richten sey, daß im Falle des Aussenbleibens die angegebenen Einreden des Provocanten gegen des Provocaten Ansprüche für beständig wirksam und gültig erklärt werden möchten [7]).

II. Die Aufforderung ex L. Si contendat hat allein die Erhaltung der gegen eine bevorstehende Klage habenden Ausflüchte zum Zweck [8]). Daß man dem Provocaten immer ein Klagerecht einräume, welches aber durch Einwendungen entkräftet werden kann, wie Schaumburg [9]) behauptet,

5) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 315. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. II. cap. 6. §. 2. Nettelblabt Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 252. Lauhn in der angef. Abhandl. §. 28. und §. 43.

6) Jedoch ist deswegen die Provocationsschrift nach dem Urtheil practischer Rechtsgelehrten nicht als inept zu verwerfen, wenn etwa die Auflegung eines ewigen Stillschweigens wäre gebeten worden, weil dem Provocaten so gut wie ein immerwährendes Stillschweigen aufgelegt ist, wenn die Einreden des Provocanten für beständig wirksam erklärt worden sind. S. L. B. *a* WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 487.

7) *de* CANNGIESSER Collect. Decision. Hasso Casselanar. Tom. I. Decis. CXVII. nr. 2. HOFFMANN Diss. cit. de genuino remedior. provocat. usu. §. XXXIII. not. a.

8) Lauhns nutzbarer Gebrauch der Vorklage §. 42. Martins Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes §. 260.

9) Princip. prax. iurid. iud. Lib. II. cap. 6. §. 2.

hauptet, ist nicht nothwendig [10]). Die Ausflüchte können auch so beschaffen seyn, daß dadurch das Klagerecht des Provocaten geläugnet wird [11]). Es müssen nur die Einreden solche seyn, welche auf die Entscheidung der Hauptsache selbst Einfluß haben (exceptiones *merita causae* concernentes), und eine Befreyung von der Klage bewirken können, sie mögen übrigens zerstörliche oder verzögerliche seyn [12]).

II. Sie findet nur eigentlich alsdann Statt, wenn Provocant besorgt, daß seine Einwendungen, oder die darüber vorhandenen Beweismittel, bey längerer Verzögerung der Klage verlohren gehen möchten [13]). Hieraus folgt,

1) daß wenn der Gläubiger noch zur Zeit nicht klagen kann, weil sein Klagerecht von dem Ablaufe einer gewissen Zeit, oder von der Existenz einer Bedingung abhängt, derselbe ex L. Si contendat nicht provocirt werden könne [14]); wenn

10) Claproth Einleitung in die sämmtl. summar. Processe. §. 284. und §. 286. S. 402. und Martin a. a. O.

11) Lauhn im angef. Buche §. 27. und §. 61.

12) Ludovici Einleitung zum Civilproceß. Kap. VI. §. 5. LAUTERBACH cit. Diss. de remedio L. si contendat. Cap. V. §. 39. sqq. Hofmann teutsche Reichspraxis. 2. Th. §. 1420. Lauhn vom Gebrauch der Vorklage §. 62.

13) BERGER Elect. proc. provocat. §. 50. wo er die Regel giebt: *Quotics, cunctante in agendo creditore, debitoris interest, exceptionem in praesens in iudicium deduci, sive ob periculum praescriptionis, sive ob commoditatem probandi, sive quacunque alia ratione, toties eidem licet pariter, ac utile est, alterum ex L. si contendat provocare.*

14) STRYK Introduct. ad praxin for. Cap. V. §. 9. LAUTERBACH cit. Diss. Cap. III. §. 19. et 20. HOFFMANN cit. Diss. §. 28.

wenn nicht etwa die Bedingung oder Zeitbestimmung blos das Recht des Provocanten betrift, welche die Klage nur allein zu seinem Besten noch aufschieben könnte. Hier findet die Provocation Statt, weil Provocant seinem Rechte dadurch selbst entsagt, daß er den Gläubiger zum Klagen auffordert [15]). Man will dies auch bey andern künftigen Rechten anwenden, und behauptet, daß z. B. ein Vasall der keine männliche Erben, sondern bloß Töchter nach seinem Tode hinterläßt, die künftigen Lehnsfolger noch bey seinem Leben auffordern könne, um mit ihm auszumachen, was Lehn und was Erbe sey, wenn über desselben Absonderung ein Proceß nach seinem Tode zu befürchten seyn möchte [16]). Man nimmt daher zur Regel an, daß die Provocation ex L. Si contendat in allen den Fällen Statt finde, wo eine gegründete Besorgniß vorhanden ist, daß der Zustand unserer rechtlichen Angelegenheiten sich in der Folge verschlimmern möchte, wofern der bevorstehende Rechtsstreit nicht schon jetzt erörtert und entschieden würde, wenn es auch nicht gerade um Erhaltung gewisser Einreden zu thun wäre. Allein es ist nicht wohl zu begreifen, mit welchem Rechte die künftigen Lehnsfolger sollten genöthiget werden können, sich schon jetzt auf einen künftigen Successionsstreit mit dem gegenwärtigen Lehnsbesitzer einzulassen, da ihnen eben so sehr daran gelegen seyn kann, die Sache bis auf den künftigen Successionsfall ausgesetzt zu lassen, und dem Va-

15) Claproth Einleitung §. 284. Danz Grundsätze der summar. Proc. §. 85. Nr. 4. Lauhn in der angef. Schrift. §. 60.

16) BERGER Elect. proc. provoc. §. 51. Claproth §. 285. S. 401.

fallen nicht an Rechtsmitteln fehlt, seine Absicht zu erreichen, wie Böhmer [17]) gründlich ausgeführt hat. Ueberhaupt fällt

2) der Gebrauch unsers Rechtsmittels weg, wenn in Ansehung der Einreden kein Nachtheil zu besorgen ist. Diese Besorgniß tritt aber nur ein,

a) wenn die Einreden so beschaffen sind, daß sie bey längerm Verzuge des Klägers ganz verlohren gehen könnten. So z. B. kommt einem Bürgen die Ausflucht der Theilung zu, wenn er unter mehreren, die alle zahlungsfähig und eben so leicht zu belangen sind, auf die Bezahlung der ganzen Schuld belangt wird. Nun kann es seyn, daß der Gläubiger wider den Hauptschuldner nicht klagt, wenn gleich der Zahlungstermin längst verstrichen ist. Ueber diesen Verzug könnte leicht ein oder der andere Mitbürge insolvend werden, und also der noch Zahlungsfähige um die obige Ausflucht kommen. Um nun diese Einrede zu erhalten, ist es dem Bürgen erlaubt, den Gläubiger ex L. Si contendat zu provociren. So kann sich ferner der Bürge, so lange der Hauptschuldner noch Zahlung leisten kann, mit der Ausflucht der Vorausklage (*exceptio ordinis s. excussionis*) schützen. Merkt nun der Bürge, daß die Vermögensumstände des Schuldners sich verschlimmern, so daß er bey längerem Verzuge des Gläubigers leicht jene Exception verliehren könnte, so kann er den Gläubiger ex L. Si contendat provociren, daß er gegen den Schuldner, oder

17) Diss. de iure futuro. *Halae 1741.* Cap. II. §. 26. Man sehe auch Martins Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes §. 258. Not. k.

oder gegen den Bürger klage [18]). Eben so kann auch dieses Rechtsmittel nach der Meinung der meisten practischen Rechtsgelehrten [19]) gebraucht werden, um das Privilegium der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes aufrecht zu erhalten, welches sonst nach einem Ablauf von zwey Jahren erloschen ist, wenn auch gleich dem Aussteller des Schuldscheins deshalb noch andere Rechtsmittel zustehen [20]).

b) Kann Verlust der Einreden bey längerer Verzögerung der Klage auch dann drohen, wenn zu besorgen ist, daß die darüber vorhandenen Beweismittel verlohren gehen möchten. Denn wenn gleich in einem solchen Falle auch ein Beweis zum ewigen Gedächtniß angetreten werden kann, so wird doch dadurch keinesweges das Rechtsmittel der Provocation ausgeschlossen [21]). Man behauptet zwar gewöhnlich, die Provocation ex L. Si contendat sey nur ein subsidiarisches Mittel, welches nur dann Statt finde, wenn der Provocant den ihm bevorstehenden Nachtheil auf

18) LAUTERBACH cit. Diss. ad L. si contendat. Cap. III. §. 24. et 25. Lauhn angef. Schrift §. 92. u. 93. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 841.

19) LAUTERBACH cit. Diss. Cap. III. §. 26. SCHAUMBURG Princip. prax. jur. iudic. Lib. II. cap. 6. §. 9. Not. ***. Lauhn angef. Schrift §. 64. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4268. not a. Anderer Meinung ist Claproth in der Einleitung in die sämmtl. summar. Processe §. 285.

20) Höpfner Commentar über die Institutionen des Heineccius §. 853.

21) LAUTERBACH c. l. §. 27.

keine andere Art von sich abwenden kann.[22]) Allein diese Einschränkung ist nicht gegründet, denn bekannten Rechten nach kann man ja auch ein ausserordentliches Rechtsmittel wählen, wenn es bequemer und vortheilhafter als das ordentliche ist[23]). Es ist daher ausser Zweifel, daß die Provocation auch bey solchen Einreden zuläßig sey, welche mittelst einer Klage angebracht werden können, weil es immer vortheilhafter ist, sich belangen zu lassen, als selbst zu klagen[24]).

IV. Wenn gleich bey der Aufforderung ex L. Si contendat eine solche vorläufige Bescheinigung von Seiten des Provocanten nicht erfordert wird, wie bey der Provocation ex L. diffamari[25]); indem es überhaupt immer nur Ausnahme von der Regel ist, wenn der Kläger schon gleich bey Einreichung der Klage den Beweis derselben beybringen muß[26]); so muß doch Provocant wenigstens die wahrscheinlichen Gründe seiner Besorgniß angeben, daß bey längerem Aufschub der Klage ihm seine Einwendungen oder die Beweismittel darüber

22) *Gottl.* WERNSDORF Diss. de remedio provocatorio ex L. si contendat in processu executivo. *Vitemb.* 1773. §. 10. Claproth a. a. O. §. 285. und Danz a. a. O. §. 85. Nr. 5.

23) LAUTERBACH cit. Diss. §. 26. et 27. Lauhn nutzbarer Gebrauch der Vorklage §. 42. Not. t. S. 107. Martin Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 258. Not. l. S. 311.

24) BERGER Elect. proc. provoc. §. 50. Claproth summar. Proc. §. 286. S. 402.

25) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. 6. §. 10.

26) Lauhn angef. Schrift §. 17. und Not. l.

ber verlohren gehen könnten [27]). Findet der Richter, daß nach der Lage der Sache schlechterdings kein Nachtheil für den Provocanten zu besorgen sey, so ist die Provocation nicht zuzulassen. In Absicht auf den Beweis der Einreden, deren Aufrechterhaltung dieses Rechtsmittel zum Zweck hat, kommt es darauf an, ob der Provocant dem Provocaten ein Klagerecht einräumt, oder nicht. In dem ersten Falle muß Provocant den Beweis der Ausflucht, in dem andern aber Provocat den Beweis der künftigen Klage übernehmen [28]).

V. Die Provocation ex L. Si contendat muß zwar der Regel nach in dem Gerichtsstande des Provocanten, wo die Hauptklage zu erörtern ist, angebracht werden [29]). Da indessen der Provocant bey dieser Art der Aufforderung nicht immer der künftige Beklagte ist, sondern der Provocat die Klage, zu deren Anstellung er aufgefordert wird, auch zuweilen gegen einen Dritten anstellen kann; so kann in diesem Falle die Provocation in dem ordentlichen Gerichsstande des Provocaten gar wohl angebracht werden [30]). Dies ist der Fall, wenn der Bürge sich genöthiget sieht,

27) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4268. Nr. I. pag. 702.

28) BERGER Elect. proc. provocat §. 49. LAUTERBACH cit. Diss. Cap. IX. §. 78. und Lauhn in der angeführten Schrift §. 49—52.

29) LAUTERBACH cit Diss. Cap. IX. §. 62. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic Lib. II. cap. 6. §. 3. not. ** et § 9. Ludovici Einleitung zum Civilproceß. Kap. 6. §. 7. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XXXII. Th. 1. Not. 5. Claproth summar. Processe §. 283. Lauhn a. a. O. §. 4. und §. 109.

30) Lauhn in der angef. Schrift §. 43. S. 112.

den Gläubiger wider den Hauptschuldner zu provociren, um die Ausflucht der Excußion aufrecht zu erhalten [31]). Hätte der Provocant einen mehrhaften Gerichtsstand, so bleibt dem Provocaten nach der gemeinen Meinung auch bey diesem Rechtsmittel unbenommen, bey Anstellung der Hauptklage wider den Provocanten einen andern Richter desselben zu wählen, als vor welchem die Provocation geschehen ist [32]). Der Provocant kann sich also der Regel nach mit der Ausflucht einer Rechtshängigkeit oder Prävention nicht behelfen, weil unter mehreren zuständigen Richtern des Beklagten in der Regel dem Kläger die Wahl zusteht, welche ihm der Provocant durch seine Aufforderung zur Klage, als ein blos vorbereitendes Rechtsmittel, nicht entziehen konnte. Verschiedene Rechtsgelehrten [33]) wollen jedoch in dem Falle eine Ausnahme machen, wenn die Aufforderung ex L. Si contendat nicht zur Klage sondern zur Antwort auf die vorgebrachten Einreden des Provocanten geschehen ist, und behaupten, daß in diesem Falle die dem Provocaten zustehende Klage wegen ihres Zusammenhangs mit der Provocation in keinem andern Gerichte verhandelt werden könne, als

31) Lauhn §. 92. b) S. 194. auch §. 37.

32) LAUTERBACH Diss. cit. Cap. IX. §. 66. BERGER Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. 32. Th. 1. Not. 5. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. 6. §. 9. not. *. RIVINUS in Specim. exception. for. Cap. IV. nr. 8—12. pag. 29. sqq. PÜTTER lib. de praeventione. Cap. V. §. 57. nr. III. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4266. in fin. Claproth summar. Processe §. 283.

33) *Barth. Leonh.* SCHWENDENDOERFER in Processu Fibigian. Cap. 2. pag. 1509. RIVINUS cit. Specim. pag. 31. und Lauhn in der angef. Schrift §. 36. und Not. f. S. 99. f.

als da, wo Provocant mit seinen Schutzreden gegen Provocatens Ansprüche gehört worden ist, welchem daher die Ausflucht der Litispendenz zur Ablehnung eines jeden andern Gerichtsstandes zustehe. Soviel ist indessen außer Zweifel, daß wenn Provocat die Hauptklage in einem andern Gerichte anstellt, als in welchem die Provocation geschehen ist, derselbe den Provocanten hiervon auf rechtsbehörige Art zu benachrichtigen schuldig sey [34]).

VI. Die Wirkung dieser Provocation besteht darin, daß wenn die Klage von dem Provocanten angestellt wird, der Provocationsproceß ein Ende hat. Bestreitet der Provocat die Zulässigkeit der Aufforderung, so muß darüber verfahren und erkannt werden. Bleibt hingegen der Provocat ungehorsamlich aus, so kann die vorgeschützte Einrede entweder für beständig wirksam erklärt, oder Provocant zum Beweis seiner Einrede zugelassen, und, wenn aus Beybringung desselben klar erhellet, daß dem Provocanten kein Klagerecht zustehe, Provocat mit seiner anmaßlichen Klage abgewiesen werden [35]).

34) Lauhn angef. Schrift §. 35. Not. 2. S. 94. und Claproth summar. Proc. §. 290.

35) Claproth summar. Proc. §. 292. Danz Grundsätze der summar. Proc. §. 87. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4268. Von dem gerichtlichen Verfahren bey der Provocation ex L. si contendat handelt ausführlich Lauhn in der angef. Schrift §. 31. S. 71. ff.

§. 534.

Bestimmung der Ordnung, in welcher verschiedene Rechtssachen vor Gericht zu verhandeln sind.

Wenn verschiedene Streitpuncte eben derselben Interessenten vor Gericht zu erörtern sind, so muß die gehörige Ordnung dabey beobachtet werden, damit keine Verwirrung entsteht. Diese Ordnung (*ordo iudiciorum seu cognitionum*) besteht nun darin, daß die concurrirenden Sachen entweder zugleich und neben einander verhandelt werden müssen, oder, wenn dieses nicht geschehen kann, eine Sache nach der andern gehörig erörtert und entschieden werde; und hier sind folgende Regeln zu bemerken [36]).

I. Wenn von zwey Rechtssachen die eine eine Präjudizialsache, das ist, eine solche Sache ist, von deren Entscheidung die andere abhängt, so muß jene zuerst untersucht und entschieden werden [37]). Präjudicialsachen können von zweyerley Art seyn,

1) solche, welche den Zustand einer Person betreffen, wenn auf die Erfüllung der davon abhangenden Verbindlichkeiten oder auf die Zuerkennung der denselben betreffenden Rechte geklagt wird. Diese werden *causae praeiudiciales absolutae* genennt, daß sie nothwendig vorher entschieden werden müssen; ehe von den darauf sich beziehenden Rechten und Verbindlichkeiten die Frage seyn kann. Sie hemmen

36) *Io. Nic.* HERTII Diss. de ordine causarum in iudicio tractandarum in *Opuscul.* Volum. I. Tom. III. pag. 105. sqq.

37) *L. 1. et tot. Tit. Cod. de ord. cognition. cap. 1. 2. et 3. X. eodem.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4175.

hemmen daher den Lauf der Hauptsache. **Ulpian** [38]) hat hiervon folgenden Fall: Si ad libertatem proclamaverit is, cuius nomine noxale iudicium susceptum est, sustineri debet id iudicium, quoad de statu eius iudicetur, et sic, siquidem servus fuerit pronunciatus, noxale iudicium exercebitur, si liber, inutile videbitur. Eben so rescribiren die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** [39]): Cum status quaestionem tibi moveri, et te debita velle petere commemores: ordinarium est, prius solennibus interpositis (si hoc iuris admiserit ratio) causam liberalem apud Praesidem provinciae decidi: ut si liber fueris, vel servus non esse pronunciatus: tunc tibi iure debita restitui iubeat: cum hoc incerto, utrumne tibi libero constituto, an domino tuo, (si servum te sententia declaraverit) debeatur, ad solutionem debitorem tuum urgeri non oporteat.

2) Solche, welche zwar den Zustand eines Menschen nicht betreffen, aber doch so beschaffen sind, daß sie vorher entschieden seyn müssen, ehe zur Untersuchung und Entscheidung der Hauptsache geschritten werden kann, (*causae praeiudiciales vulgares*) [40]). Dahin gehört z. B. wenn auf Theilung einer Erbschaft geklagt wird, und der Besitzer derselben den Kläger für keinen Miterben erkennen will. Hier muß die Erbtheilungssache so lange ruhen, bis erst der Kläger sein Miterbrecht ausgeführt hat. Nisi enim coheres sit,

38) *L. 42. D. de noxal. act.*

39) *L. 5. C. de ord. cognit.*

40) Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 99. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürg. Processes §. 52.

sit, sagt Cajus [41]), neque adiudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est. Ferner wenn wegen einer Realservitut confessorisch oder negatorisch geklagt wird, und über das Eigenthumsrecht des Klägers ein Streit entsteht, so muß dieser Punct vor allen Dingen erörtert und entschieden werden [42]). Solche Präjudizialsachen machen nun 1) immer einen Theil der Hauptsache selbst aus; sie gehören daher 2) vor denjenigen Richter, bey welchem die Hauptsache zu verhandeln ist, wenn er auch gleich sonst in Ansehung der Präjudizialsache an sich nicht zuständig wäre [43]). Der unzertrennliche Zusammenhang der Sachen macht eine solche Prorogation der Gerichtsbarkeit nothwendig [44]). Es bestätigt dieses auch die Verordnung des Kaisers Alexander [45]) ganz ausdrücklich, in welcher es heißt: Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, *qui alioquin super causa status cognoscere non possit*, disceptatio terminetur. Nur wenn die Präjudizialsache eine geistliche Sache ist, z. B. eine Ehesache, welche auf die Entscheidung einer Erbschaftsstreitigkeit Einfluß hat, so soll sie nach dem kanonischen Rechte dem geistlichen Richter zur

41) *L. 1. §. 1. D. famil. erciſc.*

42) *L. 16. D. de except.*

43) Danz Grundſ. des gemeinen bürgerl. Proceſſes §. 52. am Ende, und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4175. nr. I.

44) Claproth Einleitung in den ord. bürg. Proceß. 1. Th. §. 99. Nr. 1. S. 413.

45) *L. 3. Cod. de iudic.*

zur Entscheidung überlassen werden [46]), und der weltliche Richter ist sodann das bey dem geistlichen Gericht ergangene Urtheil bey der Entscheidung der Hauptsache zu befolgen schuldig [47]). Mit Recht wird jedoch die heutige Anwendung dieser Vorschrift des kanonischen Rechts in den protestantischen Gerichten bezweifelt [48]), und der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß Präjudizialsachen ohne Ausnahme, sie seyen weltliche oder geistliche, bürgerliche oder peinliche, wegen ihres unzertrennlichen Zusammenhangs mit der Hauptsache vor den Richter derselben zur Entscheidung gehöre [49]). Wie wenig bey Präjudizialsachen auf die Competenz der Gerichtsbarkeit Rücksicht zu nehmen sey, lehren auch die Kaiser **Sever** und **Antonin** [50]). Adite Praesidem provinciae, et ruptum esse testamentum Fabii praesentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem eius, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super statu causa cognoscere non possit. *Pertinet enim ad officium iudicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in iudicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronun-*

46) *Cap.* 3. *X. de ordine cognit. Cap.* 5. *X. Qui filii sint legitimi.*

47) *Cap.* 2. *de Except. in* 6to.

48) *Iust. Henn.* BOEHMERI ius ecclesiast. Protestant. Lib. II. Tit. II. §. 27. et Tit. X. §. 4. und **Claproth** bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 100. S. 421.

49) **Danz** a. a. O. §. 52. am Ende. *Christ. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu. *Goett. 1774.* §. 25.

50) *L.* 1. *Cod. de ordine iudicior.*

nunciat. Präjudizialsachen müssen ferner 3) in der nämlichen Proceßart, wie die Hauptsache selbst, verhandelt werden, und 4) beym Beweise sind sie nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen, welche bey der Hauptsache selbst einschlagen [51]). Ich will zur Bestärkung nur noch eine Stelle aus Afrikan [52]) beyfügen, woraus man zugleich das Römische Rechtsverfahren bey Präjudizialsachen kennen lernt. Si eius fundi, sagt er, quem tu possides, et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim: quaesitum est, an exceptio: *Quod praeiudicium fundo non fiat*, (d. h. daß die Klage wegen der Früchte nicht eher Statt finde, bevor nicht über die Proprietät des Grundstücks erkannt worden ist; denn *praeiudicium* heißt hier id, quod prius esset, respectu iudicii alicuius principalis, iudicandum, wie es Råvard [53]) erklärt) obstet: an deneganda sit? Et utique putat intervenire Praetorem debere, nec permittere petitori, *priusquam de proprietate constet*, huiusmodi iudicio experiri.

II. Wenn von zwey Rechtssachen die eine blos vorbereitend, die andere aber die Hauptsache ist, so muß jene vor dieser abgethan werden [54]). Eine Sache kann vorbereitend seyn

1) in

51) Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß Nr. VII. §. 3. S. 28.

52) *L. 18. D. de exception.*

53) de Praeiudiciis Lib. I. cap. 11. (Operum *Lugduni* 1623. 8. editor. Tom. II. pag. 739.) Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLIV. Tit. I. Nr. XIV. not. c.

54) Danz Grundsätze des ord. bürg. Processes §. 51.

1) in Ansehung des Richters, wenn dessen Gerichtsbarkeit streitig ist, und derselbe auch den Besitz nicht für sich hat. In diesem Falle muß sich der Kläger an den nächsten Oberrichter wenden, und um vorläufige Verfügung bitten [55]).

2) In Ansehung der streitenden Theile, und zwar

a) wegen des zu bestimmenden Gerichtsstandes, wenn der Beklagte entweder aus einem Vertrage oder aus einem Privilegium die Wahl unter mehreren Gerichtsständen hat. Es ist dies freylich eine Ausnahme von der gemeinen Regel, nach welcher sonst dem Kläger unter mehreren concurrirenden Gerichten die Wahl zusteht. (§. 509. S. 235.) In diesem Falle muß der Kläger bey einem der Gerichte, unter welchen der Beklagte die Wahl hat, einkommen, daselbst seine Absicht zu klagen anzeigen, und zugleich bitten, dem Beklagten die Wahl eines Gerichtsstandes binnen einer bestimmten Frist unter der Verwarnung aufzulegen, daß widrigenfalls die Sache bey diesem Gerichte angenommen werden solle. Wird dieser Erklärungstermin versäumt, so ist das Wahlrecht des Beklagten für diesmahl verfallen [56]).

b) We-

55) Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 96. S. 404.

56) von Berg Darstellung der gesetzmäßigen Beschaffenheit des dem H. Braunschweig und Lüneburg zustehenden privilegii electionis fori. 2. Hptst. §. 8. und C. F. Jäger unpartheyischer Versuch über die von dem K. Kammergericht in der von Berlepschischen Rechtssache ausgeübten Gerichtsbarkeit und den von Sr. Königl. Maj. zu Großbritannien und Churf. Durchl. zu Braunschweig Lüneburg deshalb ergriffenen Recurs an die allge-

b) Wegen ihrer *personae legitimae standi in iudicio*, wenn deswegen von Seiten des Beklagten oder des Klägers noch ein Mangel aus dem Wege geräumt werden muß, ehe ein Rechtsstreit gültig verhandelt werden kann [57]). Dahin gehört z. B. wenn man wider einen Minderjährigen, der keinen Vormund hat, oder wider einen Abwesenden, der keinen Procurator hinterlassen hat, klagen will. Hier muß zugleich bey dem Richter der Hauptsache um die Bestellung eines Curators vor Behändigung der Citation gebeten werden. Ferner wenn ein Minderjähriger auf Theilung klagen will, so muß er vorläufig den Richter, als Obervormund, mit Anführung der Nothwendigkeit, oder des ihm daraus erwachsenden Vortheils, bitten, daß ihm nach Untersuchung der Sache hierzu die gerichtliche Einwilligung ertheilt werde [58]). Eine Sache kann endlich

3) auch in Ansehung ihres Gegenstandes vorbereitend seyn. Dahin gehört,

a) wenn auf die Angabe des Rechtsgrundes, aus welchem der Beklagte den streitigen Gegenstand besitzt, gedrungen wird, um darnach die Hauptklage einrichten zu können [59]). Z. B. ich weiß nicht, ob mein Gegner die strei-

allgemeine Reichsversammlung in Rücksicht auf das dem H. Braunschweig Lüneburg zustehende privilegium electionis fori. Frankfurt und Leipzig 1799. 8. Claproth a. a. O. S. 403.

57) Danz a. a. O. §. 51. lit. B.

58) Claproth a. a. O. §. 97.

59) *L. 11. C. de petit, heredit.* Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 388.

ſtreitige Sache als Erbe oder aus einem andern beſondern Rechtsgrunde beſitzt, und es iſt mir doch ſolches darum zu wiſſen nöthig, um entweder die Erbſchafts- oder die Eigenthumsklage anſtellen zu können.

b) Wenn auf Vorzeigung einer Sache geklagt wird, die den Gegenſtand der Hauptklage ausmacht [60]).

c) Wenn vorerſt auf Abtretung des Klagerechts gedrungen werden muß [61]).

Es iſt noch zu bemerken,

1) daß die vorbereitende Sache der Regel nach bey demjenigen Richter angebracht werden muß, vor welchen die Hauptſache gehört [62]).

2) Sie wird im ſummariſchen Proceß verhandelt; daher ſind hier

3) gemeiniglich bloße Beſcheinigungen hinreichend [63]).

III. Wenn von zwey vor Gericht angebrachten Rechtsſachen keine vorbereitend, auch keine ſo beſchaffen iſt, daß ſie von der Entſcheidung der andern nothwendig abhängt, ſo iſt diejenige Sache zuerſt zu entſcheiden, bey deren Aufſchub Ge-

60) Vid. Tit. Pand. *ad exhibendum.*

61) *L. 13. pr. D. de pign. act. L. 1. § 11. L. 16. D. depoſiti. L. 38. L. 59. D. de evict.* Claproth a. a. O. §. 98.

62) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXII. medit. 1. Claproth a. a. O. §. 98. am Ende. Danz Grundſätze des ord. bürg. Proc. §. 51. am Ende S. 150.

63) Gönners Erörterungen über den Proceß Nr. VII. §. 2.

Gefahr ist, sie mag eine Civil- oder Criminalsache seyn [64]). Wenn also z. B. eine Possessionssache mit einer Criminalsache concurrirt, man denke sich den Fall, daß Jemand durch Gewaltthätigkeit aus seinem Besitz vertrieben worden sey, so muß vor allen Dingen über den Besitz gesprochen werden, ehe das Verbrechen der verübten Gewalt weiter untersucht werden kann. Denn Possessionsstreitigkeiten leiden keinen Aufschub. Es würde nicht nur höchst unbillig seyn, wenn der Eigenthümer durch die Untersuchung des Criminalpuncts bis zur Erledigung desselben die Vortheile des Besitzes entbehren sollte, sondern es wäre auch zu befürchten, daß neue für die öffentliche Ruhe nachtheilige Auftritte erfolgen möchten. Hierauf geht das Decret des Kaisers **Sever** [65]), welches folgendermassen lautet: Prius *de pos-*

64) *Ant.* PEREZ Praelect. in Codicem Lib. III. Tit. 8. nr. 2.

65) *L.* 1. *Cod. de appellation* add. *L. 7. Cod. ad L. Iul. de vi publica.* Anders erklärt diese Gesetze *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 3. Cod. Theodos. ad L. Iul. de vi publica (Tom. III. pag. 82. edit. *Ritter.*) Er glaubt nicht, daß in diesen Gesetzen von einem Vorzuge der Possessionssache vor der Criminalsache die Frage sey. Dies sey ein Mißverstand, der durch das hier gebrauchte adverbium *ita* sey veranlaßt worden, welches hier nicht durch postea oder deinde erklärt werden dürfe, sondern so viel als consequenter bedeute. Das *de possessione pronunciare*, und *crimen violentiae excutere* sey also eins und das nämliche, und bezeichne blos das iudicium possessionis, weil sich über den Besitz nicht sprechen lasse, ohne das Vorgeben einer verübten Gewaltthätigkeit zugleich zu untersuchen. Der Fehler, den der Präses der Provinz begangen hat, liege also eigentlich darin, daß er nicht zuerst den Streit über den Besitz, sondern über die Proprietät entschieden habe. Ihm stimmt auch *Ev.* OTTO in Praefat. Tomi II. Thes. iur. Rom. pag.

possessione pronunciare, et ita *crimen violentiae* excutere Praeses provinciae debuit: quod cum non fecerit, iuste ab eo provocatum est. Wenn hingegen aus dem Aufschub der Criminalsache für das öffentliche Wohl nachtheilige Folgen entstehen würden, so muß diese zuerst erlediget werden [66]). Es läßt sich daher nicht behaupten, daß der Criminalsache in ordine cognoscendi jederzeit der Vorzug vor der Civilsache gebühre, wie schon von andern ausführlicher gezeigt worden ist [67]). Endlich

IV. wenn die concurrirenden Rechtssachen von der Art sind, daß es gleichviel ist, welche man zuerst vornimmt, so

pag 18. bey. Allein das Gesetz sagt von einem Vorzuge des iudicii possessionis vor dem iudicio proprietatis hier kein Wort, so entschieden auch dieser Vorzug an sich ist. *L.* 3. *Cod. de interdict. L.* 13. *C. de rei vindicat. L.* 3. *C. fin. reg.* §. 4. *I. de Interdict.* Auch die *Basilica* Lib. LX. Tit. 18. erklären jene Stellen von einem Vorzuge der Possessionssache vor der Criminalsache. Man sehe FACHINAEUS Controvers. Lib. VIII. cap. 8. PEREZ Praelect. ad tit. Cod. de ordine iudicior. nr. 3. und *Iac.* VOORDA Interpretat. et emendation. iur. Rom. Lib. I. cap. 13.

66) *L.* 37. *D. de iudic. L.* 5. §. 1. *D. ad L. Iul. de vi publ.* KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 26.

67) *Io. Suarez de* MENDOZA Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. cap. 1. (in MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 141. sqq.) *Christ Frid. Gc.* MEISTER Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu. *Goettingae* 1774. §. 9. 10. 26—28. und Klein merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 3. Band. Nr. VI. S. 114. ff.

hat diejenige den Vorzug, welche die wichtigere ist[68]). Paulus[69]) sagt: Per minorem cauſam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet: maior enim quaeſtio minorem cauſam ad ſe trahit. Die Redensart *praeiudicium fieri non oportet* heißt hier ſo viel, daß die geringere Sache nicht vor der wichtigern erörtert, ſondern vielmehr bis zu deren Beendigung ausgeſetzt bleiben ſolle[70]). Für wichtiger wird nun

1) eine Criminalſache gehalten, wenn ſie mit einer Civilſache concurrirt. Die Verordnung des Kaiſers Conſtantin[71]) ſetzt dieſes auſſer Zweifel: Quoniam civili diſceptatione intermiſſa, ſaepe fit, ut prius *de crimine* iudicetur, *quod*, *utpote maius*, *merito minori praefertur*, ex quo criminalis quaeſtio quocunque modo ceſſaverit, oportet civilem cauſam velut ex integro in iudicium deductam diſtingui: ut finis criminalis negotii ex eo die, quo inter partes fuerit lata ſententia, initium civili quaeſtioni tribuat. Wir reden hier nicht von einem ſolchen Falle, wo die Criminalſache gerade einen Präjudizialpunct ausmacht, wovon die Entſcheidung der Civilſache nothwendig abhängt, daher können die von andern angeführten Geſetze *L.* 22. *C. ad L. Corn. de Falſis* und *L.* 33. *C. ad*

68) POTHIER Pandectae Iuſtinianeae in novum ordin. digeſtae Tom. III. Lib. XLIV. Art. II. §. 13. ſqq. pag. 253. ſq.

69) *L.* 54. *D. de iudiciis.* Man ſehe über dieſe Stelle *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. II. cap. 7. (*Operum* Tom. II. pag. 763. ſqq.)

70) *L.* 21. *D. de. except.* POTHIER c. l. §. 13.

71) *L.* 4. *Cod. de ordine iudicior.*

C. ad L. Iul. de adulter, nicht hieher gezogen werden. Denn sie setzen offenbar einen solchen Fall voraus, wo die als ein Verbrechen denunciirte That zu gleicher Zeit den Grund des Civilanspruchs an den Beschuldigten oder der der Klage entgegengesetzten Einrede enthält. Eben so wenig kann uns aber auch entgegen gesetzt werden, wenn **Ulpian** sagt [72]): Hoc Edicto contra ea, quae vi committuntur, consuluit Praetor. Nam si quis se vim passum docere possit, publico iudicio de vi potest experiri, neque debet publico iudicio privata actione praeiudicare, quidam putant. Sed utilius visum est, quamvis praeiudicium legi Iuliae de vi privata fiat: nihilominus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem. Denn **Ulpian** will hier nur so viel sagen, daß bey einem Verbrechen die Criminalklage auf Strafe, und die Civilklage wegen der Entschädigung zwey von einander ganz verschiedene und unabhängige Klagen sind, wovon die eine die andere nicht aufhebt, sondern die andere immer noch gewählt werden kann, wenn gleich die eine, es sey mit oder ohne Erfolg, schon gebraucht worden ist. Man sieht dies noch deutlicher aus der *L. un. Cod. Quando civilis actio criminali praeiudicet*, wobey zu bemerken, daß die Worte: *sive prius criminalis, sive civilis actio moveatur*, ein Zusatz des **Tribonians** sind; denn sie finden sich nicht im **Theodosianischen Codex** Lib. IX. Tit. 20. wo die Verordnung der Kaiser **Valens, Gratian** und **Valentinian** steht; sondern Tribonian fügte sie hinzu, um das noch deutlicher zu bestärken, was nach **Ulpians** Relation einige ältere Rechtsgelehrten bezweifeln wollten, wie Suarez

72) *L. 2. §. 1. D. Vi bonor. raptor.*

rez Mendoza[73]) sehr richtig bemerkt hat. Nun sieht man zwar freylich auch so viel wohl aus den angeführten Stellen, daß, nach der Wahl des Klägers, die Civilklage eines Verbrechens wegen eher angestellt werden kann, als die peinliche Klage; man muß sich dieses aber aus dem bey den Römern üblich gewesenen Criminalverfahren zu erklären suchen, wie Westphal[74]) sehr gründlich gezeigt hat. Bey den Römern war der Anklageproceß üblich, welcher dem Richter in Criminalsachen nicht erlaubte, von Amts wegen zu verfahren. Man mußte also allemahl warten, bis sich ein Kläger meldete, es mochte von einer Civil- oder Criminalklage die Rede seyn. Wurde nun jene zuerst angestellt, und dies konnte nach den angeführten Gesetzen geschehen, so wurde ganz natürlich die Civilsache eher vorgenommen, als die peinliche. Aber eben um deswillen wurde auch die Anklage eher erörtert, als die Civilforderung, wenn jene zuerst war angestellt worden. Wurden beyde Puncte zugleich in den Gerichten angebracht, so konnte eben derselbe Richter, der über den Criminalpunct zu erkennen hatte, auch über den Entschädigungspunct sprechen[75]). Dieß hinderte aber nicht, daß er nicht zuerst und vorzüglich den Criminalpunct zu erledigen suchen mußte. Dieß lehrt wenigstens die *L.* 4. *Cod. de ord. iudicior.* und eben dies bestätigt auch vorzüglich unsere teutsche Criminalverfassung. Denn wir haben in Teutschland den Untersuchungsproceß, ver-

73) Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. cap. 1. nr. 7. bey Meermann a. a. O. pag. 141.

74) Criminalrecht. Anmerk. 14. §. 5. S. 67. folg.

75) *L. 3. Cod. de ord. iudicior. L. 4. §. 4. D. fin. regundor. L.* 33. *D. de re iudic. L. 1. C. de officio Rector. provinc.*

vermöge welchen der Richter nicht erst eine Anklage abzuwarten nöthig hat, wie ebenfalls Westphal [76]) sehr richtig bemerkt hat.

Wird eine Civilsache angebracht, und dagegen ein Criminalpunct blos zur Einwendung gebraucht, der übrigens auf die Entscheidung der Civilsache gar keinen Einfluß hat, sondern blos von dem Beklagten dazu aufs Tapet gebracht worden ist, um die Civilforderung des Klägers dadurch aufzuhalten; so wird die Criminalsache von der Civilsache abgesondert, und letztere darf also durch Einmischung der erstern nicht aufgehalten werden, wie Papinian [77]) ausdrücklich lehrt, wenn er sagt: Rerum amotarum actio ob adulterii crimen, quo mulier postulata est, non differtur; und an einem andern Orte [78]): Fideicommissaria libertas praetextu compilatae hereditatis, aut rationis gestae non differtur. Denn wenn auch das vorgeworfene Verbrechen wahr wäre, so würde deswegen doch das Fideicommiß der Freyheit aus einer besondern Begünstigung der Gesetze nicht zu Grunde gehen [79]). Für wichtiger wird

76) Criminalrecht. Anmerk. 15. §. 6. S. 71. f.

77) *L. 27. D. de actione rerum. amotar.* Man sehe über dieses Gesetz *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA cit. Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. cap. 1. nr. 11. et 12. bey Meermann Tom. II. pag. 141. sq.

78) *L. 23. D. de fideicommiss. libertat.*

79) *L. 59. §. 1. D. de manumiss. testam. L. 37. D. de fideicommiss. libertat.*

2) unter zwey zugleich angebrachten Civilsachen diejenige gehalten, welche die Ehre und den guten Namen eines Menschen betrift, als welche blos eine Geldsumme zum Gegenstande hat. Diese Regel giebt uns Ulpian [80]), wenn er sagt: Si in duabus actionibus, alibi summa maior, alibi infamia est, praeponenda est causa existimationis. Ubi autem aequiparant famosa iudicia, etsi summam imparem habent, pro paribus accipienda sunt. Fälschlich erklärt man diese Regel insgemein von einer auf Abschlag mehrerer Schuldposten geleisteten Zahlung, wobey der Schuldner nicht gesagt hat, auf welche Schuld das Gezahlte abgerechnet werden solle, welche Meinung schon Cujaz [81]) und Giphan [82]) widerlegt haben. Für wichtiger wird endlich

3) Die Fiscalische Sache gehalten, wenn sie mit einer Privatsache concurrirt. Dies lehrt uns Pomponius [83]), wenn er sagt: Apud *Iulianum* scriptum est, si privatus ad se pertinere hereditatem Lucii Titii dicat: altero eandem hereditatem fisco vindicante: quaeritur, utrum ius fisci ante excutiendum sit, et sustinendae actiones caeterorum, an nihilominus inhibendae petitiones creditorum singulorum, *ne publicae causae praeiudicetur?* idque Senatus consultis expressum est [84]).

80) *L. 104. D. de Reg. iuris.*

81) Praelection. in Tit. Dig. de divers. Regulis iur. (*Basiliae 1594. 8.*) ad L. 104. h. Tit. pag. 275. sqq.

82) Tractat. de diversis Regulis iuris (*Argentorati 1607. 8.*) Lib. II. cap. 16. pag. 256. sq.

83) *L. 35. D. de iure fisci.*

84) S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLIX. Tit. 14 Sect. II. Nr. XXXIX

Lib. V. Tit. II.

De inofficioso testamento.

§. 535.

Zusammenhang dieses Titels mit dem vorigen.

Zu den iudiciis gehören auch die gerichtlichen Klagen. Denn ohne Klage ist kein Civilproceß denkbar. Daher kommen nun die Verfasser der Pandecten auf die einzelnen, sowohl dinglichen, als persönlichen Klagen. Unter den dinglichen Klagen kommen zuerst diejenigen in Betrachtung, welche aus dem Erbrecht entspringen, und sowohl den Notherben als andern Erben zustehen, von denen in diesem, und den folgenden Titeln des fünften Buchs gehandelt wird. Um die Lehre von den Erbschaftsklagen zu verstehen, müssen einige allgemeine Begriffe und Grundsätze vom Erbrecht und Erbschaften überhaupt vorausgeschickt werden [85]).

85) Man vergleiche hier vorzüglich *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionibus seu de iure hereditario. Edit. repet. praelect. *Francof. ad Viadrum 1792.* Ernst Christ. Westphals systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. Insonderheit über diesen Titel: *Ios. Fernand. de* RETES Adversaria de inofficioso testamento, in *Ger.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 522 seqq. *Ios. de* FINESTRES Praelectiones Cervarienses s. Commentar. ad tit.

§. 536.

Begriffe von Erbrecht, Erbschaft, (hereditas) und Erben.

Unter Erbrecht versteht man ein Recht zur Erwerbung des ganzen Nachlasses eines Verstorbenen. Der Gegenstand dieses Rechts ist also eine angefallene Erbschaft. Erbschaft im objectiven Sinn (*hereditas obiective accepta*) ist der Inbegriff des ganzen Vermögens eines Verstorbenen mit allen darauf haftenden Rechten und Verbindlichkeiten, insofern solche nicht ganz persönlich sind [86]). Cicero [87]) sagt *Hereditas* est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam

tit. Pandectar. de inofficioso testamento. *Cervariae 1752.* und Georg Joseph Steins Versuch einer theoretisch-practischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten, und den Rechtsmitteln wider dieselben. Erlangen 1798. 8.

86) Denn es giebt Rechte, welche dergestalt auf die Person eines Menschen eingeschränkt sind, daß sie sich schlechterdings davon nicht trennen, und auf einen andern übertragen lassen. Solche höchst persönliche Rechte sind z. B. die persönlichen Servituten, usus, usufructus, habitatio; die Rechte aus Familienverhältnissen; die Rechte, welche der Verstorbene vermöge seines Amts oder Gerichtsstandes hatte, ferner das Recht eine angefallene Erbschaft anzutreten. So giebt es auch ganz persönliche Verbindlichkeiten, z. B. die Verbindlichkeit zur Strafe wegen eines begangenen Verbrechens, ferner ganz persönliche Verträge. Solche Rechte und Verbindlichkeiten gehen nicht auf die Erben über, sondern erlöschen mit dem Tode der Person. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 482. Hugo Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 84.

87) *Topic.* cap. 6.

piam pervenit iure, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta. Cicero nimmt hier das Wort *pecunia* in der Bedeutung, in welcher Hermogenian [88]) sagt: *Pecuniae* nomine omnes res tam soli, quam mobiles, et tam corpora quam iura continentur. In dieser Bedeutung wird die Erbschaft in unsern Gesetzen [89]) als eine universitas iuris betrachtet, quae et accessionem et decessionem, commodum et incommodum in se recipit, wovon ad §. 537. ein mehreres. Eine Erbschaft ist nun entweder nur angefallen, angestorben, (*hereditas delata*) wenn Jemand ein Recht hat, sich solche zuzueignen [90]), der rechtliche Grund zur Erwerbung derselben beruhe nun entweder in der unmittelbaren Vorschrift der Gesetze, oder in dem Willen des Erblassers; oder sie ist wirklich erworben, (*hereditas acquisita*) wenn sie ein Eigenthum des Erben geworden ist. Diese Erwerbung einer Erbschaft oder das wirkliche Eintreten in alle nicht ganz persönliche Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen wird die Erbfolge (*successio hereditaria*), oder Erbschaft im subjectiven Sinn genennt. Hieher gehört, wenn in den Gesetzen [91]) gesagt wird: *Hereditas* nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit.

Jo=

88) *L. 222. D. de Verbor. Signific.* Man sehe über diese Stelle *Ios.* FINESTRES Hermogenianus Tom. I. pag. 656. sqq.

89) *L. 208. D. de Verb. Signif. L. 178. §. 1. D. eodem. L. 3. pr. D. de Bonor. possess.*

90) *L. 151. D. de Verb. Signif.* Delata hereditas dicitur, quam quis potest adeundo consequi.

91) *L. 24. D. de Verbor. signif. L. 62. D. de Reg. iur.*

Joseph Finestres [92]) glaubt zwar nicht, daß dieser Begriff von einer schon erworbenen Erbschaft zu verstehen sey, sondern erklärt ihn von jener rechtlichen Fiction, nach welcher eine Erbschaft, die der Erbe noch nicht angetreten hat, den Verstorbenen vorstellt, und gleichsam seine Stelle vertritt, als wenn er selbst noch Eigenthümer wäre. Eben dieser Meinung sind auch Gregor Majansius [93]) und Hofacker [94]). Sie sagen: *hereditas ipsa*, tanquam fictitia quaedam persona, *succedit defuncto*, illumque repraesentat. Allein die Römischen Juristen, Cajus und Julian, aus deren Schriften jener Begriff genommen ist, reden an dem Orte, wo sie den Begriff von der hereditate geben, von der Erbschaftsklage, die eine schon angetretene Erbschaft voraussetzt, wie Göddäus [95]) und Giphan [96]) aus der Inscription der angeführten Stellen erwiesen haben. Es ist überdem bekannt, daß das Wort successio in unsern Gesetzen häufig von einer schon erworbenen Erbschaft gebraucht wird [97]). Richtiger sagt daher Gerhard Noodt

92) Commentar. academ. ad tit. Pand. de acquir. vel omittenda hereditate P. I. Cap. I. §. 11.

93) Diss. de hereditate iacente §. 3. (in *Disputat. iur. civ.* Tom. II. Diss. 36).

94) Princip. iur civ. Tom. II. §. 1245.

95) Commentar. repet. praelect. in Tit. XVI. libri L. Pandect. de Verbor. Signific. (*Sigenae Nassov. 1597. 8.*) pag. 381. sqq.

96) Comment. ad Tit. Dig. de div. Reg. iuris. Lib. II. cap. 8.

97) *L. 21. C. de pact. L. un. C. Ne pro dote mulier. L. 4. C. in quibus caus. cessat longi temp. praesc. L. 8. C. de imp. et aliis substitut.*

Noodt [98]), die *hereditas* werde nach jenem Begriffe darum eine successio genennt, quia successione in defuncti locum acquiritur.

Eine Erbschaft wird nun entweder *ipso iure*, das ist, vermöge unmittelbarer Verordnung der Gesetze in dem Augenblick erworben, da sie durch den Tod des Erblassers deferirt wird, so daß es nur einer besondern Handlung bedarf, wenn man die Erbschaft nicht behalten will; oder sie wird erst durch die Erklärung erworben, daß man Erbe seyn wolle. Jenes ist der Fall bey den suis heredibus [99]), worunter Descendenten des Erblassers verstanden werden, die bis an den Tod desselben in seiner unmittelbaren väterlichen Gewalt gestanden haben, oder doch in derselben gewesen seyn würden, wenn sie zur Zeit seines Todes schon gebohren gewesen wären, wie z. B. postumi, sofern sie bey Lebzeiten des Erblassers schon concipirt waren [100]). Justinian sagt ausdrücklich [1]): *Postumi* quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, *sui heredes* sunt. Der Begriff erschöpft daher die Sache nicht, den

98) Commentar. ad Dig. tit. de hereditatis petitione (*Operum* Tom. II. pag. 175.)

99) *L. 14. D. de Suis et legitim. hered.* In *suis heredibus* aditio non est necessaria; quia statim *ipso iure* heredes existunt. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. I. cap 9. *Arn.* ROTGERSIUS Apodictic. Demonstration. iuris Rom. Vol. I. Lib. I. cap. 3. §. 7. pag. 92. sqq. und *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 4.

100) *L. 6. 7. et 8. D. de Suis et legitim. hered. §. 8. I. de hered. quae ab int. def.*

1) §. 2. *in fin. Instit. de hereditat. quae ab intest. def.*

den Justinian unmittelbar vorher von den suis heredibus giebt, wenn er sagt: *Sui heredes* existimantur, qui in potestate morientis fuerint: denn von *postumis* kann man doch nicht sagen, eos in potestate morientis fuisse, wie auch schon Paulus [2]) bemerkt hat. Solche sui heredes werden schon bey Lebzeiten des Erblassers gewissermaßen als Miteigenthümer von dem Vermögen desselben angesehen, und von ihnen sagen die Gesetze, daß sie dieses Eigenthum nach dem Tode des Vaters nur gleichsam fortsetzen [3]). Daher bedarf es ihrer Seits weder einer Wissenschaft von dem Tode des Erblassers, noch auch einer Erklärung, daß sie Erben seyn wollen, vielmehr sagt Justinian [4]): *Sui* autem *heredes* fiunt etiam *ignorantes*; et licet *furiosi* sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis et furiosis acquiri potest. *Et statim morte parentis quasi continuatur dominium:* et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis; cum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas; nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed *ipso iure.* Nur wenn der suus heres nicht Erbe seyn will, bedarf es einer besondern Handlung, nämlich des Abstinirens, welches ihm frey steht, so lange er sich nicht immiscirt und nichts amovirt hat.

Alle

2) *L.* 12. *D. de collat. bonor.* Man sehe *Guil.* RANCHINUS de Successione ab intestato Cap. III. §. 1. und *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervariens. s. Commentar. ad Tit. Pand. de liberis et postum. P. I. cap. 2.

3) §. 2. *I. de hered. qualit. et differ.* L. 11. *D. de liberis et postum.*

4) §. 3. *I. de hereditat. quae ab intest. defer.*

Alle andere Erben hingegen, die keine sui heredes sind, acquiriren die Erbschaft erst durch die Antretung derselben; und werden daher, wenn sie auch noch so nahe Verwandten des Erblassers sind, selbst die Kinder in Ansehung der Mutter, und die emancipirten Kinder in Ansehung des Vaters, *extranei heredes* genennt. Justinian [5]) sagt: Caeteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, *extranei heredes* appellantur. Itaque *liberi* quoque *nostri*, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, *extranei heredes* nobis videntur. Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt: *quia feminae in potestate liberos non habent.*

So lange nun der heres extraneus noch nicht erklärt hat, ob er die Erbschaft annehmen wolle, sagt man *hereditas iacet* [6]), und eine solche noch nicht angetretene Erbschaft stellt den Verstorbenen vor, *(personam defuncti sustinet)*, und wird vermöge einer rechtlichen Fiction für ein noch fortdauerndes Eigenthum desselben gehalten [7]). Daher darf sich nicht nur Niemand an einer hereditate iacente vergreifen, ohne sich des criminis expilatae hereditatis schuldig zu machen [8]); sondern es bekommt auch die Erbschaft durch jene Fiction eine Art von Persönlichkeit, vermöge welcher dieselbe, sofern es nicht gerade auf ein factum personae ankommt, etwas zu acquiriren fähig ist. Hermogenian sagt dies ausdrücklich: Hereditas in multis partibus iuris

pro

5) §. 3. *I. de hered. qualitate et differ.*
6) *L.* 13. §. 5. *D. Quod vi aut clam.*
7) *L.* 34. *D. de acquir. rer. domin. L.* 61. *D. eodem.* §. 2. *I. de hered. instit. L.* 31. §. 1. *D. eodem.*
8) *L.* 1. *et* 2. *D. Expilatae hereditat.*

pro domino habetur, so lauten die aus *Lib. VII, Epitomarum* entlehnten Worte [9]), adeoque hereditati quoque, *ut domino*, per servum hereditarium acquiritur. In his sane, *in quibus factum personae, operaeve substantia desideratur*, nihil heriditati quaeri per servum potest: ac propterea, quamvis servus hereditarius heres institui possit; tamen, *quia adire iubentis domini persona desideratur*, heres exspectandus est. *Ususfructus*, qui *sine persona* constitui non potest, *hereditati per servum non acquiritur*. Nach dieser Stelle konnte also ein Sklave der zu einer noch nicht angetretenen Erbschaft gehörte, *(servus hereditarius)* der Erbschaft Rechte erwerben, und sie durch Acquisitionen bereichern, z. B. er konnte sich etwas versprechen lassen [10]), er konnte auch zum Erben eingesetzt werden. Nur in solchen Fällen, wo die Ausübung oder Erwerbung eines Rechts die Existenz einer physischen Person, und deren Handlung schlechterdings erfordert, wie dies bey dem usus fructus, ferner bey Antretung einer Erbschaft der Fall ist, welche iussum domini erfordert, muß die wirkliche Acquisition so lange ausgesetzt bleiben, bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat, obgleich das Recht selbst wenigstens dem servo hereditatio deferirt werden kann [11]). Eine der wichtigsten Folgen jener Fiction, daß die hereditas

9) *L. 61. D. de acquir. rer. domin.* Ueber diese Stelle hat ausführlich commentirt *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omitt. heredit. P. I. cap. 2. und Ebenderselbe in Hermogeniano. Tom. II. pag. 927. sqq.

10) *Pr. I. de stipulat. servor. L.* 18. §. 2. *L. 35. D. eodem.*

11) Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. §. 856—858.

tas iacens als eine domina zu betrachten sey, ist noch die, daß eine von dem Verstorbenen angefangene Usucapion durch den Tod desselben nicht unterbrochen wird, sondern fortläuft, und sogar iacente adhuc hereditate vollendet werden kann [12]). Dahingegen wird die mora des Erblassers durch den Tod desselben unterbrochen, und schadet wenigstens vor der Antretung der Erbschaft dem Erben nichts [13]).

Die fictio hereditatis iacentis hört nun zwar auf, sobald der Erbe die Erbschaft antritt; allein es tritt nun eine andere Fiction an deren Stelle, vermöge welcher angenom-

12) *L.* 31. §. 5. *L.* 40. *L.* 44. §. 3. *D. de Usurpat.* Hiervon ist auch die *L.* 30. *D. Ex quib. caus. maiores* zu verstehen. Denn wenn es daselbst heißt: *Possessio defuncti* quasi iuncta descendit ad heredem, et *plerumque nondum adita hereditate completur*; so wird das Wort *possessio* für usucapio genommen, wie auch CUJACIUS lib. XII. *Pauli* ad Edictum ad d. L. 30 FORNERIUS Rerum quotidian. Lib. II. cap. 25. und *Paul.* BUSIUS subtilitat. iuris Lib. V. cap. 15. nr. 8. bemerkt haben. Man vergleiche noch *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 22. und *Ios.* FINESTRES Commentar. ad Tit. Pand. de acquirenda vel omitt. hereditate P. I. Cap. 2. §. 11. et 12. pag. 249.

13) *L.* 5. §. 20. *D. Ut in possession. legator.* Wenn z. B. der Legatar eine Immission in die erbschaftlichen Güter erhalten hat, weil der Erbe die erforderliche Caution wegen des Vermächtnisses nicht machte, und letzterer stirbt, so wird die Zeit, da die Erbschaft iacens war, nicht gerechnet, wenn etwa während derselben die sechsmonathliche Frist verstrichen seyn sollte. Es kann daher zum Nachtheil seines Successors die zweyte nachtheiligere Immission nicht erkannt werden. S. Westphals hermeneutisch-systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 1028.

nommen wird, als ob der Erbe dem Verstorbenen sogleich von dessen Absterben an succedirt habe [14]). Die Erbschaft, welche vor der Antretung den Verstorbenen vorstellte, repräsentirt nun rückwärts die Person des Erben, als ob sie nie iacens gewesen wäre [15]). Hierher gehört, wenn Javolen [16]) sagt: *Heres* et *hereditas*, tametsi duas appellationes recipiunt, *unius personae tamen vice funguntur*; und nun läßt sich's ganz wohl vereinigen, wenn Justinian [17]) sagt: Nondum adita hereditas *personae vicem* sustinet, *non heredis futuri*, sed *defuncti;* und gleichwohl Pomponius [18]) lehrt, stipulatio transit ad heredem, *cuius personam interim hereditas sustinet*; wie, ausser Finestres [19]) insonderheit Vinnius [20]) gezeigt hat.

Wer

14) *L.* 54. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Heres quandoque, adeundo hereditatem, *iam tunc a morte* successisse defuncto intelligitur. *L.* 28. §. 4. *D. de stipulat. servor.* In dieser Stelle wird die Frage: an *heredi futuro* servus hereditarius stipulari possit? nach der Meinung des Cassius bejahend aus dem Grunde entschieden: quia, qui postea heres extiterit, videretur *ex mortis tempore* defuncto successisse.

15) Paulus sagt daher *L.* 138. *pr. D. de Reg. iur.* omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen *cum tempore mortis* continuatur. Eben so Celsus *L.* 193. *D. eodem:* omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo *iub tempus mortis* heredis extitissent.

16) *L.* 22. *L. de usurpat. et usucap.*

17) §. 2. *I. de hered. instituend.*

18) *L.* 24. *D. de novationib.*

19) Commentar. cit. ad Tit. Pandect. de acquir. vel omitt. hereditate. P. I. Cap. 1. §. 14.

20) Commentar. ad §. 2. I. de hered. instituend. nr. 1.

Wer heißt nun Erbe? Unser Verf. sagt: *Qui cum obligatione defunctum repraesentandi in omnia eius iura succedit*, HERES dicitur. Fast eben so Höpfner [21]), welcher sagt, ein Erbe ist ein Nachfolger in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, welche nicht ganz persönlich sind. Allein nach diesem Begriffe würde die Eigenschaft eines Erben erst durch die Erbschaftsantretung gebildet. Daß aber ein Erbe früher existiren könne, als die Erbschaft angetreten wird, lehrt uns Justinian [22]) wenn er sagt: etiam clausis tabulis *tam existere heredes*, quam posse adire, sive ex parte sint, sive ex asse instituti, censemus.

Erbe im Sinn des römischen Rechts ist also vielmehr derjenige, dem ein Recht zum Erwerb des ganzen Nachlasses eines Verstorbenen zusteht [23]). Ob er den ganzen Nachlaß, oder auch nur eine einzelne Sache aus dem Nachlaß bekommt, ist gleichviel. Denn auch der heres ex re certa hat ein Recht zum ganzen Nachlaß, wenn entweder gar kein Miterbe ernannt ist, oder die übrigen Miterben wegfallen, und z. B. die Erbschaft ausgeschlagen haben [24]). Sind mehrere Erben vorhanden, und

21) Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 482.

22) *L. un. §. 5. Cod. de caduc. tollend.*

23) Man sehe hier vorzüglich Carl Reichhelm über den Begriff des Erben und die Natur des Erbrechts im Geist des Röm. Rechts; in Desselben Versuch einer Auslegung einiger dunkler Gesetze aus dem Civil- und Lehnrechte. (Halle 1799. 8.) Nr. V. S. 198. ff.

24) *L. 1. §. 4. D. de heredib. instit. L. 41. §. 8. in fin. D. de vulg. et pup. substitut. L. 13. Cod. de hered. instit. M. Aur.* GALVA

sie treten alle die Erbschaft an, so bekommt zwar jeder nur einen Theil vom Ganzen, aber als Erbe hatte doch jeder ein Recht zu dem Ganzen, und nicht blos zu seinem Theile, das heißt, er war berechtiget, wenn ein oder der andere Miterbe weggefallen wäre, die erledigten Theile in Anspruch zu nehmen, welches man das *ius accrescendi* nennt.

Wenn andere [25]) sagen: ein Erbe sey derjenige, welchem die ganze Erbschaft oder eine pars quota derselben von dem Verstorbenen übertragen worden ist, so ist auch dieser Begriff nicht accurat. Denn auch ein Legatar kann eine partem quotam, d. i. einen solchen Theil der Erbschaft bekommen, der blos im Verhältniß zum Ganzen bestimmt ist, z. B. die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel [26]). Man denke an das legatum partitionis [27]). Allein ein solcher lega-

GALVANUS de Usufructu Cap. 13. nr. VI—IX. *Iof.* FINESTRES Commentar. ad Tit. Pand. de acquirenda vel omitt. hereditate. P. II. Cap. 11. §. 62. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCLXI. medit. 12. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 251. und Höpfner im Commentar §. 494. S. 525.

25) Fried. Ge. Aug. Lobethan vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge §. 6.

26) L. 39. *pr. D. de vulg. et pup. substitut.* L. 15. *D. de Legat. I.* ULPIANUS *Tit. XXIV. Fragm.* §. 25. *L. 164.* § 1. *D. de Verb. Signif.*

27) *Iac.* VOORDA Diss. de legato partitionis adj. EIUSDEM Commentar. ad Legem Falcidiam. *Harlingae* 1730. 8. und Ernst Christ Westphals Abhandlung von den Vermächtnissen, die nicht auf gewisse Sachen oder Summen, sondern auf einen Theil des Nachlasses überhaupt gerichtet sind. Halle 1780. 4.

legatarius partiarius ist doch kein Erbe. Denn er erhält nie ein Recht zum Erwerb des Ganzen, er kann also, wenn ein Miterbe wegfällt, an dem erledigten Erbtheil keinen Anspruch machen; und schlägt der eingesetzte Erbe, der mit dem Legatar theilen soll, die Erbschaft aus, so wird das Testament destituirt, und der legatarius partiarius bekommt nun gar nichts [28]).

Also nur derjenige ist im Sinn des röm. Rechts Erbe, cui competit ius successionis in universitatem, quam defunctus reliquit. Hierdurch unterscheidet sich der Erbe von einem Legatar, denn dieser ist, wie Justinian [29]) sagt, kein successor iuris, d. i. sein Recht hat nicht das universum ius defuncti zum Gegenstande, sondern er bekommt nur eine einzelne Sache, oder einen partem quotam oder partem quantam der Erbschaft, und hat kein ius accrescendi in der Erbschaft, wenn auch alle Erben wegfallen sollten [30]).

Verschiedene Rechtsgelehrte [31]) machen einen Unterschied zwischen einem *heres in actu primo* und *heres in actu secundo*. Geht nämlich das Recht des Erben nur erst dahin,

28) Höpfners Commentar über die Institutionen §. 568.

29) § 11. *I. de testament. ord.* In mancher Rücksicht hat jedoch der Legatar in re legata das nämliche Recht, das dem Erben in Ansehung der Erbschaft zusteht, z. B. wenn von der accessione temporis, qua testator possedit, die Rede ist. *l.* 14. *D. de Usurpat.*

30) Höpfner im Commentar §. 552. S. 591.

31) *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Successionibus §. 4. und Lobethan im angef. Buche §. 5.

hin, sich den Nachlaß zueignen zu können, so sey der Erbe ein heres *in actu primo*; hat aber der Erbe durch die Antretung das Eigenthum der Erbschaft erworben, so sey er ein heres *in actu secundo*. Allein die Gesetze [32]), worin das Subject, welches die Erbschaft schon angetreten hat, noch heres genennt wird, berechtigen uns zu dieser Eintheilung eben so wenig, als man berechtiget ist, den Käufer vor der Uebergabe einen *emtor in actu primo*, und nach der Uebergabe einen *emtor in actu secundo* zu nennen [33]). Soviel ist indessen gewiß, daß der Erbe erst nach der wirklichen Erwerbung der Erbschaft ein successor universalis wird, der nun mit dem Erblasser für eine Person anzusehen ist. Daher sagt Paulus [34]): Hi, qui in universum ius succedunt, *heredis loco* habentur, und Justinian bemerkt [35]), daß die Alten den Namen heres für *dominus* gebraucht hätten, daher heisse *pro herede* gerere soviel, als *pro domino* gerere.

§. 537.

Eine Erbschaft ist eine *universitas iuris*.

Eine Erbschaft wird nun juristisch als eine universitas, wie Afrikan [36]) sagt, d. i. als ein gewisses Ganzes betrach-

32) *L. 6. D. de Reg. iur. §. ult. I. de hered. qualit. et diff. L. 128. §. 1. D. de Reg. iur.*

33) Reichhelm in der angef. Abhandlung §. 6. Not. f.

34) *L. 128. §. 1. D. de Reg. iur.* Man sehe auch *L. 34. D. de iudic. L. 37. D. de acquir. vel. omitt. hered.*

35) *§. fin. I. de hered. qualitate et different.* FINESTRES in Commentar. cit. ad Tit. de acquir. hered. P. I. cap. 1. §. 1.

36) *L. 208. D. de Verbor. Signific.*

betrachtet, welches alle sowohl körperliche als unkörperliche Sachen in sich begreift, die zu dem Nachlaß des Verstorbenen gehören. Auf die einzelnen Sachen, welche die Erbschaft enthält, kommt nichts an. Daher können

1) auch solche Sachen zur Erbschaft gehören, welche einzeln und an sich betrachtet, nicht in commercio sind, und der Erbe bekommt sie mit der übrigen Erbschaft, wenn sie ihm auch einzeln nicht hätten vermacht werden können [37]).

2) Ob der Erblasser von den einzelnen zu seinem Nachlaß gehörigen Sachen Eigenthümer gewesen, oder nicht, kommt gleichfalls nicht in Betrachtung. Denn er konnte doch auch an den Sachen, wovon er nicht Eigenthümer war, dingliche oder persönliche Rechte haben, die auf den Erben übergehen. Z. B. sie waren dem Erblasser zum Pfande gegeben, oder geliehen, oder ihm vermiethet, oder auch nur bey ihm deponirt. Da nun überdem der Erbe auch für diese Sachen so gut, wie der Erblasser, verantwortlich ist, so kann auch deren Restitution mit der Erbschaftsklage gefordert werden [38]).

3) Zu den unkörperlichen Sachen, die der Nachlaß in sich begreift, gehören die nicht ganz persönlichen Rechte,

37) *L.* 62. *D. de acquir. rer. dom.* Quaedam, quae non possunt sola alienari, *per universitatem transeunt*, ut fundus dotalis, *ad heredem*; et res, cuius aliquis commercium non habet. Nam etsi *legari ei non possit*: tamen, *heres institutus*, dominus eius efficitur. Man sehe Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 361.

38) *L.* 19. *pr. D. de heredit. petit.* Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 457.

ferner die nicht ganz persönlichen Klagen, die dem Erblasser zustanden, auch die nicht ganz persönlichen Verbindlichkeiten des Verstorbenen. Es kann daher, wie Papinian [39]) sagt, eine Erbschaft, auch ohne körperliche Sachen, im rechtlichen Sinne gedacht werden.

4) Eine Erbschaft ist juristisch ein unzertrennbares Ganzes [40]) welches weder der Erblasser nur zum Theil einem Testamentserben hinterlassen, noch auch der Erbe, dem die Erbschaft deferirt worden ist, zum Theil annehmen, und zum Theil ausschlagen kann [41]). Ius nostrum enim non patitur, sagt Pomponius [42]) eundem in paganis et testato et intestato decessisse.

§. 538.

In wiefern gilt bey Erbschaften die Regel: *res in locum pretii et pretium in locum rei succedit.*

Zur Erbschaft gehört ferner auch der Werth veräusserter Erbschaftsgüter, für welchen derjenige haften muß, der sich der Erbschaft entweder als vermeintlicher Erbe, oder als Besitzer anmaßt, wenn er nachher mit der Erbschaftsklage in Anspruch genommen wird. Es tritt hier die bey den universitatibus iuris bekannte Regel ein: *pretium succ-*

39) *L.* 50. *D. eodem.* FINESTRES in Commentar. cit. P. I. Cap. I. §. 8.

40) *Franc.* HOTOMANNI Quaestion. illustrium lib. Quaest. XIX.

41) *L.* 1. *et* 2. *D. de acquir. vel omitt. hered. L. un.* §. 10. *Cod. de caduc. toll.*

42) *L.* 7. *D. de Regul. iuris.* Man vergleiche hier vorzüglich *Christ. Gottl.* HAUBOLD Diss. de causis, cur idem et testato et intestato decedere non possit. *Lipsiae* 1788

succedit in locum rei. Diese Regel wurde durch ein gewisses Senatusconsultum ad orationem *Divi Hadriani* conditum [43]) eingeführt, woraus uns **Paulus** [44]) folgende Stelle wörtlich aufbehalten hat: Dispicite, Patres conscripti, num quid sit aequius, possessorem non facere lucrum, et pretium, quod ex re aliena perceperit, reddere: *quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.* Das Senatusconsultum betraf zwar eigentlich nur den Fall, wenn der Fiscus die Erbgüter, als bona caduca, in Anspruch nahm; wie die Worte desselben bey **Ulpian** [45]) lehren: Cum antequam partes caducae

43) S. *Io. Gottl.* HEINECCII Diss. de Senatusconsulto Hadriani temporibus facto, quod extat L. XX. §. VI. Dig. de hereditat. petit. in EIUS *Opuscul. postumis* a *Io. Christ. Gottl.* HEINECCIO edit. *Halae 1744.* pag. 449. sqq.

44) *L.* 22. *D. de heredit. petit.*

45) *L.* 20. §. 6. *D. eodem.* In dem Eingange des hier angeführten Senatusconsultums werden *Quintus Iulius Balbus*, und *Publius Iuventius Celsus*, ferner *Titus Ausidius* und *Oenus* oder besser *Arrius Severianus* als die Consuln der damaligen Zeit erwähnt. Man erklärt dies gewöhnlich so, daß die beyden erstern die consules ordinarii, die beyden letztern aber die consules suffecti gewesen, von denen jene ihr Amt mit dem Januar, letztere aber mit dem März angetreten hätten. S. ALMELOVEEN Fast. Consular. pag. 135. WESTENBERG Divus Marcus Diss. XXXIII. pag. 299. und **Westphals** Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente ꝛc. §. 411. S. 258. Allein *Petr.* WESSELING Observation. var. Lib. II. cap. 21. pag. 233. hält die letztern Namen für Zunamen des **Publius Juventius Celsus**, und ihm stimmt auch HEINECCIUS cit. Diss. §. 2. pag. 450. bey. Es erhel-

ex bonis *Ruſtici* [46]) fisco peterentur, hi, qui ſe heredes eſſe exiſtimant, hereditatem diſtraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae uſuras non eſſe exigendas. etc. Allein es wurde der Billigkeit wegen von den römiſchen Rechtsgelehrten und Kaiſern auf alle andere Erbſchaftsklagen ausgedehnt. Daher ſagt Ulpian [47]): *In privatorum quoque petitionibus* Senatusconſultum locum habere, nemo eſt, qui ambigit: licet *in publica cauſa* factum ſit. Eben dieſes lehrt eine Verordnung des Kaiſers M. Antoninus des Philoſophen [48]): Senatusconſultum, auctore *Divo* HADRIANO, avo meo, factum, ſo lauten die Worte derſelben, quo cautum eſt, quid et ex quo tempore, evicta hereditate, reſtitui debeat, non ſolum *ad fiſci cauſas*, ſed etiam *ad privatos hereditatis petitores* pertinet.

In

erhellet übrigens hieraus, daß das Senatusconſultum im Jahr der Erb. Roms 881. gemacht worden ſey. S. GRUTERI Inſcriptiones pag. 573. nr. 2.

46) Wer dieſer *Ruſticus* geweſen, unterſucht HEINECCIUS cit. Diſſ. §. 5. Derſelbe hatte ein Teſtament gemacht, und darin extraneos zu ſeinen Erben ernennt, von welchen einige entweder vor der Antretung der Erbſchaft, oder vor der Exiſtenz der Bedingung geſtorben waren, oder wegen Cälibats nicht vollkommen erben konnten. Die übrigen Miterben hatten jene Erbtheile, welche nach dem Recht der damaligen Zeiten eigentlich, als caduc, dem Fiscus zugefallen waren, (ULPIAN. *Fragm.* Tit. XVII. et *L. un* §. 2. *C. de caduc. tollend.*) an ſich genommen, und das meiſte davon veräußert. S. HEINECCIUS cit. Ciſſ. §. 6.

47) *L.* 20. §. 9. *D. de heredit. petit.*

48) *L.* 1. *Cod. de petit. hereditat.*

In Absicht auf die Anwendung der Regel wegen des von verkauften Erbgütern zu erstattenden Werths ist jedoch nach Maasgebung des gedachten Senatusconsulti zwischen einem bonae und malae fidei possessor ein Unterschied zu machen. Jener haftet für den Werth nicht weiter, als soweit er dadurch noch bereichert ist. Utrum autem omne pretium, sagt Ulpian [49]), restituere debebit bonae fidei possessor, an vero ita demum, si factus sit locupletior, videndum. Finge pretium acceptum vel perdidisse vel consumsisse, vel donasse. — Et puto sequendam clausulam Senatusconsulti [50]), etsi haec sit ambigua, *ut ita demum computet, si factus sit locupletior.* Hat der bonae fidei possessor für den Werth der veräußerten Erbschaftssache wieder etwas anders gekauft, so tritt dieses nicht an die Stelle des Werths, sondern es ist sein Eigenthum geworden. Er vergütet also nur den erhaltenen Werth. Wäre jedoch die dafür gekaufte Sache weniger werth, als er dafür gezahlt hat, so ist er nur nach dem Verhältniß des gegenwärtigen Werths dieser Sache für bereichert zu halten [51]). Ob übrigens der bonae fidei possessor den Kaufpreiß schon erhalten, oder nicht, ist gleichviel.

49) *L.* 23. *princ. D. de heredit. petit.*

50) Diese Clausel, worauf Ulpian zielt, kommt *L.* 20. §. 6. *D. eodem.* vor, wo es heißt: Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum perveniissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperiissent, diminutaeve fuissent, restituere debere Man sehe HEINECCIUS cit. Diss. §. 8. und Westphal im angef. Commentar §. 416.

51) *L.* 25. §. 1. *D. de heredit. petit.*

viel [52]). Es kann auch wegen des noch nicht erhaltenen Werths gegen ihn geklagt werden, weil er ihn noch immer beytreiben kann. Der Kläger muß indessen auch zufrieden seyn, wenn er ihm gegen den Käufer seine Klage cedirt [53]).

Wenn hingegen ein male fidei possessor Erbschaftsgüter verkauft hat, so braucht sichs der Erbe nicht gefallen zu lassen, wenn er ihm etwa den daraus gelößten Werth erstatten will; sondern der Erbe kann verlangen, daß der Besitzer ihm entweder die Sache selbst in Natur wieder herbeyschaffe, oder den wahren Werth vergüte, welchen der Kläger auch durch seinen Eid bestimmen kann [54]). Nach einer Epistel des Kaisers Sever an den Celer ist jedoch in dem Falle, da die veräusserte Sache in Natur geliefert werden kann, ein Unterschied zu machen, ob die Veräusserung freywillig oder nothwendig war. In dem ersten Falle ist der Erbschaftskläger berechtiget, entweder die Sache mit den Früchten, oder den Werth nebst den Zinsen zu fordern, je nachdem ihm mit diesem oder jenem mehr gedient ist; in dem letztern Falle hingegen muß sich der Kläger blos mit dem Werthe begnügen, weil hier der malae fidei possessor billige

52) *L.* 20. §. 15. *D. eodem.*

53) *L.* 20. §. 17. *D. eodem.*

54) *L.* 20 §. 21. *D. eodem.* Si res apud emtorem extent, nec deperditae nec deminutae sunt, sine dubio *ipsas res* debet praestare malae fidei possessor: aut si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantum, *quantum in litem esset iuratum.* At ubi perditae sunt, et deminutae, *verum pretium* debet praestari: quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.

billige Nachsicht verdient, daß er eine Sache veräussert hat, die der Erbschaft mehr lästig als nützlich war [55]).

Sind Sachen mit Gelde gekauft worden, welches zur Erbschaft gehört, so gehören sie nicht schlechthin zur Erbschaft, sondern es kommt darauf an, ob sie der Besitzer der Erbschaft für sich, oder ob er sie um der Erbschaft willen angeschaft hat. Im ersten Falle gehören sie nicht zur Erbschaft, sondern das Geld muß nur dem Erben erstattet werden. In dem letztern Falle hingegen kann der Erbe dasjenige, was der Besitzer der Erbschaft wegen angeschaft hat, mit der Erbschaftsklage abfordern, wenn auch das Geld dazu nicht gerade aus der Erbschaft wäre genommen worden. Ulpian [56]) lehrt dies ausdrücklich, wenn er sagt: Item veniunt in hereditatem etiam ea, *qua hereditatis causa* comparata sunt: utputa mancipia (pecoraque et si qua alia) quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem *pecunia hereditaria* sunt comparata, sine dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria: videndum est. Et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur: pretium scilicet restituturo herede. *Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt.* Denique scribit IULIANUS *libro 6. Digestorum*, si possessor *ex pecunia hereditaria* hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, *si hereditatis interfuit, eum emi*: at si *sui causa* emit,

55) *L. 20. §. 12. D. eodem.* Man sehe hier Westphals angeführten Commentar §. 422. Die vom Ulpian angeführte Epistel des Severus ist die *L. 1. C. de his, quib. ut indignis.*

56) *L. 20. pr. et §. 1. D. eodem.*

emit, pretium venire. Man sieht aus dieser Stelle, daß die von unserm Verfasser angegebene Regel: *in universitatibus iuris res succedit in locum pretii* auch nicht für ganz allgemein angenommen werden könne [57]).

§. 539.

In wiefern gehört der Zuwachs und Abgang zur Erbschaft?

Eine Erbschaft begreift, als eine universitas iuris betrachtet, auch sowohl den Zuwachs als Abgang unter sich, wie Ulpian [58]) lehrt. Es gehört daher

I) aller Zuwachs und Gewinn, wodurch die Erbschaft seit dem Tode des Erblassers vermehrt worden ist, dem Erben, und muß ihm von jedem Besitzer derselben, er sey bonae oder malae fidei possessor, herausgegeben werden [59]), wenn gleich der Gewinn auf eine unanständige Art wäre gemacht worden [60]). Ein gewöhnlicher Zuwachs sind die von der Erbschaft gezogenen Früchte, welche dem wahren Erben zu berechnen sind, wenn er sie auch

57) S. Westphal im angeführten Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente §. 467. b. S. 299.

58) *L.* 178. §. 1. *D. de Verb. Signif.* Westphal im angef. Commentar 5. Th. 2. Kap. §. 460. ff.

59) *L.* 20. §. 3. *D. de heredit. petit.* Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed *si qua postea augmenta hereditati accesserunt*, venire in hereditatis petitionem: *nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem.* — *L* 28. *D. eodem.* Post Senatusconsultum enim *omne lucrum* auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.

60) *L.* 52. *D. eodem.*

auch selbst in der Maaße nicht gezogen haben würde [61]). Auch von solchen Sachen, die dem Erblasser nicht eigenthümlich gehörten, sonderm ihm nur antichretisch sind verpfändet worden, machen die Früchte einen Theil der Erbschaft aus [62]). Hierher gehören nicht minder die Pachtgelder von den Erbgrundstücken [63]); so wie die Vermehrung der Erbschaft durch Viehzucht [64]). Sind erbschaftliche Gelder von dem Besitzer der Erbschaft auf Zinsen ausgeliehen worden, so gehören die deshalb entstandene Forderungen sammt den Zinsen ebenfalls zur Erbschaft, und der Besitzer muß deshalb dem wahren Erben iura cessa geben [65]). Endlich gehört noch hierher der Gewinn aus Privatstrafen [66]). Ein Beyspiel giebt die bey der Klage ex Lege Aquilia im Fall eines vorsätzlichen Leugnens des Beklagten statt habende poene dupli. Hat der Besitzer der Erbschaft das Duplum von demjenigen, den er ex Lege Aquilia belangt hat, erhalten, so muß er es dem wahren Erben restituiren. Julian [67]) lehrt dies ausdrücklich, wenn er sagt: Evicta hereditate bonae fidei possessor, *quod lege Aquilia exegisset*, non simplum,

61) *L.* 56. *D. eodem.* Eine nähere Bestimmung hiervon enthält die L. 40. §. 1. D. eodem.

62) L. 41. §. 1. *eodem.* S. Westphal a. a. O. §. 480.

63) *D.* 27. §. 1. *D. eodem. L.* 29. *D. eodem.*

64) *L.* 25. §. 20 *et L.* 26. *D. eodem.*

65) *L.* 30. *D. eodem.* Westphal in den angef. Commentar §. 476.

66) *L.* 25. *pr. D. eodem. Iul.* PACIUS Συναγωγαι s. Legum conciliatar. Centur. X. Qu 40.

67) *L.* 55. *D. eodem. Corn.* VAN BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8.

simplum, *sed duplum restituet.* Lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet. Westphal [68]) behauptet zwar das Gegentheil, weil das Duplum blos auf den ungefähren Umstande einer gegen den Besitzer gebrauchten Unwahrheit beruhe; es vermehre daher nicht die Erbschaft, sondern nur das Simplum, welches folglich der Besitzer nur zu restituiren habe. Allein Ulpian [69]), auf den er sich beruft, kann wohl schon darum nicht das Gegentheil gesagt haben, weil er ja selbst den Julian für seine Meinung anführt. Ulpian sagt so: Cum praediximus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire, quaeritur, utrum cum sua natura veniant, an contra. Utputa est quaedam actio, quae inficiatione crescit. Utrum cum suo incremento, an vero in simplum venit, ut legis Aquiliae? Et IULIANUS *Lib. 6. Digestorum* scribit, *simplum soluturum.* Offenbar ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo die actio legis Aquiliae gegen den Besitzer der Erbschaft selbst wegen eines von ihm getödeten oder verwundeten erbschaftlichen Sklaven einen Gegenstand der Erbschaftsklage ausmacht. Hier findet, auch wenn er läugnet, die poena dupli nicht Statt, *quia Aquiliae actio, cum deducitur in actionem, quae bonae fidei est, non venit, nisi qualis est origine sua, quamvis ex causa inficiationis agatur* [70]). So ist es nicht nur bey der Erbschaftsklage, sondern

68) Im angeführten Commentar §. 464.

69) *L.* 20. §. 4. *D. de hereditat. petit.*

70) Man sehe *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. cap. 5. n. 10 sqq. et num. 25 sqq. (in *Ger.* MEERMANNI *Thesaur. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 155. sq.)

dern auch bey der Reivindication [71]).

Da eine Erbschaft, als eine universitas iuris betrachtet, auch die deminutio, wie Ulpian [72]) sagt, in sich schließt, so muß folglich

II) wenn es auf Berichtigung der Erbmasse ankommt, auch der Abgang in Anschlag gebracht werden [73]). Es kann dies zur Sprache kommen,

1) wenn sich Jemand eine Erbschaft, die ihm nicht zugehört, anmaßt. Hier haftet der malae fidei possessor

a) wegen der durch unsicheres Ausleihen, oder unterlassene zeitige Beytreibung verlohren gegangenen erbschaftlichen Gelder und Forderungen [74]). Er haftet ferner wegen Unterlassung der nöthigen Verwendungen, wodurch die Erbschaftsgüter deteriorirt worden sind [75]). Er kann aber auch dagegen

b) die

sq.) und CUJACIUS ad Lib. 6. Dig. Iuliani in L. 20. §. 4. D. de heredit. petit.

71) *L.* 13. *D. de rei vindic. L.* 5. *C. eodem.* Ein anders wäre, wenn der Besitzer, omissa hereditatis petitione, oder omissa speciali in rem actione, blos mit der actione Aquiliana wegen des vorsätzlichen Läugnens auf das Duplum klagen wollte, dies ist ihm nicht verwehrt. *L.* 36. §. 2. *D. de heredit. petit. L.* 14. *D. de Rei vindic.* SUAREZ *de* MENDOZA c. 1. nr. 30. et. 31. pag. 156.

72) *L. 20. §. 4. D. de heredit. petit.*

73) Westphal in Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente 5. Th. 3. Kap. §. 485. ff.

74) *L. 18. pr. L. 25. §. 2. D. hered. petit.*

75) *L. 31. §. 3. D. de eodem.*

b) die noch vorhandenen nothwendigen oder nützlichen Verwendungen abrechnen [76]). Ja sie werden einem bonae fidei possessori sogar alsdann noch zu gute gerechnet, wenn sie auch nicht mehr vorhanden sind [77]).

2) Wenn die Erbschaft von dem wahren Erben verkauft worden ist. Hier wird das, was durch des Verkäufers Schuld von der Erbschaft abgekommen ist, als noch dazu gehörig, angesehen, und muß dem Käufer vergütet werden [78]). Ist der Erbe an dem Abgang von der Erbschaft nicht Schuld, so haftet er auch dafür nicht [79]).

§. 540.

Gründe der Delation einer Erbschaft.

Der rechtlichen Gründe zur Erwerbung einer Erbschaft sind nach dem römischen Rechte nur zwey, nämlich Testament und Gesetz. Daher ist das Erbrecht entweder ein testamentarisches oder ein gesetzliches [80]). Beydes kann bey einem und demselben Nachlaß nach den Grundsätzen des Civilrechts nicht zugleich Statt finden, sondern die testamentarische Erbfolge schließt immer die gesetzliche oder

76) *L.* 38. *D. eodem. L.* 31. §. 3. *D. eodem.*

77) *R.* 38. *D. eodem.* Westphal in dem angeführten Commentar §. 497.

78) *L.* 2. §. 3. *et* 5. *D. de hered. vel act. vend.* Man sehe Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract. §. 840.

79) *L.* 3. *D. de hered. vel act. vendit.*

80) §. *fin. I. Per quas person. cuique acquir.* Hereditatum duplex conditio est: nam vel *ex testamento* vel *ab intestato* ad nos pertinent.

oder Intestaterbfolge aus. Daher sagt Ulpian [81]): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Da nun der Testamentserbe, wenn er auch gleich nur ein heres ex re certa wäre, dennoch ein Recht zum ganzen Nachlaß hat (§. 536.); so enthält es freylich, wie Pomponius [82]) sagt, einen natürlichen Widerspruch, daß Jemand testato und intestato zugleich versterben könne [83]). Indessen hat dieser Grundsatz doch manche Ausnahmen, wovon zu seiner Zeit ein Mehreres.

Nach teutschen Rechten kann auch durch Vertrag ein Erbrecht begründet werden. Bey den Römern hatte eine hereditas pactitia darum nicht Statt, weil sie theils von der unwiderruflichen Verbindlichkeit der Erbverträge lebensgefährliche Folgen für den Erblasser besorgten [84]), theils weil die durch die allgemeinen Civilgesetze einmahl festgesetzte Intestaterbfolge anders nicht abgeändert werden konnte, als durch eine solche Disposition, welche durch die Gesetze des römischen Staats ebenfalls als Gesetz anerkannt war [85]). Eine solche Disposition aber war nur ein Testament, aber

81) *L.* 39. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

82) *L.* 7. *D. de. Reg. iur.*

83) Die Gründe dieser Regel untersucht mit vieler Gelehrsamkeit *Christ. Gottl.* HAUBOLD in Diss. de causis, cur idem et testato et intestato decedere non possit. Man sehe jedoch D. Carl Reichhelms Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze aus dem Civil- und Lehnrecht S. 216. f.

84) *L. ult. Cod. de pact. L.* 4. *Cod. de inutil. stipulat.*

85) *Alb. Diet.* TREGREL Tract. de origine atque progressu Testamentifactionis praesertim apud Rom. Cap. III. §. 1. und HAUBOLD cit. Diss. §. 7.

kein Vertrag. Privatorum enim cautionem, sagt Papinian [86]), legum auctoritate non censeri. Man setzte auch einen viel zu hohen Werth in das Recht ein Testament zu machen, als daß ein Bürger sich durch Vertrag solches hätte entziehen können [87]).

Alle diese Gründe fallen in Teutschland weg. Daher waren Erbverträge von jeher bey den Teutschen gültig, und man bediente sich derselben um desto mehr, da man vor Einführung des römischen Rechts keine einseitige letzte Willenserklärung kannte [88]). Es hat aber auch die Einführung der fremden Rechte nicht vermocht, der Gültigkeit derselben etwas zu entziehen. Die Geschichte der teutschen Erbfolge giebt hiervon so viele und unwiderlegliche Beweise [89]), daß man sich billig wundern muß, wie es noch immer Rechtsgelehrte geben kann, welche an der allgemeinen Gültigkeit der Erbverträge zweifeln [90]).

Nach

86) *L.* 16. *D. de suis et legitim. heredib.*

87) *L.* 15. *Cod. de pactis.* Man sehe vorzüglich *Ad. Franc.* HEBESTREIT Vindiciae veri valoris pactorum successioriorum, tam iure Rom. quam germanico, adversus errores Interpretum. *Erfordiae* 1768. Cap. IV.

88) Westphals teutsches Privatrecht 2. Th. Abhandl. 71. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 660. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1401. *Io. Flor.* RIVINUS Diss. de pactis successoriis. *Lipsiae* 1730. Cap. 3.

89) Man sehe HEINECCII Elem. iuris Germ. Tom. I. Lib. II. Tit. 6. §. 146. seq. pag. 475. sqq. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus Cap. I. §. 6. HEBESTREIT cit. Vindiciis Cap. V. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 7. Band. §. 660.

90) S. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur Rom. de Successionibus §. 200.

Nach heutigen Rechten kann also eine Erbschaft aus dreyerley Gründen deferirt werden, durch Vertrag, Testament, und Gesetz. Das vertragsmäßige Erbrecht schließt zwar alle andere Erben aus, es ist jedoch mit der Intestaterbfolge in dem Falle ganz verträglich, wenn der Erbvertrag nur über einen Theil des Vermögens errichtet worden ist. Hier fällt das übrige Vermögen an die Intestaterben, weil bey Erbverträgen die Regel: *Paganus pro parte testatus et pro parte intestatus decedere nequit*, nicht gilt [91]). Ja es kann eine Intestaterbfolge neben der vertragsmäßigen auch dann Statt finden, wenn von mehreren durch Vertrag bestimmten Erben einer die Erbschaft ausschlägt, denn bey Erbverträgen hat kein ius accrescendi Statt [92]).

§. 541.

Nähere Bestimmung des Begriffs eines Erben.

Das Subject des Erbrechts ist nun der Erbe. Dieser erhält, als solcher, durch die Delation zwar ein Recht zum ganzen Nachlaß, auch wenn er nur auf eine gewisse Sache wäre eingesetzt worden [93]). Allein, sofern er kein suus heres ist, erhält er durch die Delation noch nicht gleich das Eigenthum der Erbschaft. Sein Recht geht nur erst dahin, sich den Nachlaß zueignen zu können [94]).

91) KOCH Successio ab intestato. §. 9. Schol. II. pag 25.

92) *Ern. Christ.* WESTPHAL Diss. de iure accrescendi inter coheredes. *Halae 1761.* Cap. IX. §. 32. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1403.

93) *L. 1. §. 4. D. de hered. instit.*

94) Reichhelm über den Begriff des Erben §. 6. (in desselben oben angef. Versuch ꝛc. S. 215. f.)

Ohne die Begünstigung der Transmission kann also auch ein Erbe das, was er sich, als solcher, selbst noch nicht zugeeignet hat, wenn er stirbt, auch nicht auf seine Erben übertragen. Hereditatem etenim, sagt Justinian[95]), nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur: exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur: his nihilominus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt[96]), in suo robore mansuris. Hat er hingegen die Erbschaft, es sey durch die Adition oder pro herede gestio u. d. wirklich erworben, so ist er nun als ein successor universalis, oder wie das Gesetz[97]) sagt, als ein iuris successor, und daher rückwärts mit dem Erblasser für eine Person anzusehen, der die Handlungen desselben als die seinigen gelten lassen, und seine Verbindlichkeiten, in sofern sie nicht ganz persönlich sind, erfüllen muß. Vorwärts kann aber auch nun der Erbe die erworbene Erbschaft auf seine Erben transmittiren, es verbindet ihn jedoch auch die hereditas acquisita, den Willen des Erblassers zu erfüllen[98]).

§. 542.

95) *L. un. §. 5. Cod. de caduc. tollend.*

96) *L. 19. Cod. de iure delib.*

97) *L. 9. §. 12. D. de hered. instituend.*

98) Von den Rechten und Pflichten des Erben wird ausführlicher in dem Titel de acquirenda vel omitt. hereditate gehandelt werden. Man sehe vorläufig Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente ꝛc. §. 268. ff. S. 144. ff.

§. 542.

Begriff eines letzten Willens. Unterschied zwischen Testament und Codicill.

Wenn der Grund meines Erbrechts in der Willensbestimmung des Verstorbenen liegt, so kann nun dieselbe entweder ein letzter Wille, oder ein Vertrag seyn. Ein letzter Wille ist eine einseitige Willensbestimmung über irgend einen Gegenstand des Rechts, welche erst nach dem Tode desjenigen gilt, der sie gemacht hat. Ein letzter Wille ist also

1) ein einseitiger Wille, d. i. ein solcher Wille, wobey man nicht die Absicht hat, sich verbindlich zu machen, und welcher daher bey Lebzeiten des Disponenten Niemanden ein Recht zur Acceptation giebt. Hierdurch unterscheidet sich der letzte Wille von einem Erbvertrage, welcher jederzeit die Acceptation des Mitpaciscenten erfordert, und bey welchem auch die Willenserklärung des einen immer in der Absicht geschieht, daß sie der andere acceptiren soll.

2) Ein letzter Wille ist erst nach dem Tode desjenigen vollkommen gültig, der denselben errichtet hat. Er kann also, so lange dieser lebt, zu aller Zeit abgeändert werden, und wer daraus ein Recht erwerben will, muß den Erblasser überlebt haben. Stirbt er vor ihm, so können seine Erben nichts verlangen. Anders verhält sich die Sache mit einem Erbvertrage. Dieser giebt dem andern Theil, der ihn acceptirt hat, sogleich ein unwiderrufliches Recht, und stirbt auch der heres pactitius vor dem Erblasser, so

hat er doch sein Erbrecht auf seine Erben transmittirt, weil Verträge auf die Erben der Paciscenten übergehen [99]).

Ein letzter Wille enthält nun entweder die Einsetzung eines Erben, oder sonst eine Verfügung auf den Todesfall; z. E. ein Vermächtniß, Schenkung u. dgl.

Die Einsetzung eines Erben, oder die einseitige Erklärung des Erblassers, auf wen nach seinem Tode alle seine Rechte und Verbindlichkeiten, welche mit seinem Tode nicht erlöschen, kommen sollen, kann nun auf zweyerley Art geschehen, entweder dergestalt, daß der Erbe die Erbschaft nach dem Tode des Erblassers unmittelbar von ihm, ohne Zwischenperson, erhält, oder sie geschieht auf eine solche Art, daß der Erbe die ihm zugedachte Erbschaft aus den Händen eines andern zuerst ernannten Erben erhalten soll, dem die Abtretung derselben von dem Erblasser ist auferlegt worden. In dem ersten Falle wird sie eine directe, in dem andern aber eine fideicommissarische genennt.

Ein letzter Wille, wodurch ein Erbe direct und unmittelbar von dem Erblasser eingesetzt wird, heißt ein Testament. Modestin [100]) sagt: *Testamentum* est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Allein dieser Begriff ist weder accurat noch deutlich, wenn auch Gebauer [1]) und Senckenberg

99) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium. *Halae 1737.* Cap. II. §. 11. nr. VII. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1403. et not. b.

100) *L 1. D. Qui testam. facere poss.* auch HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1247.

1) Praefat. ad TRECKELL Tract. de origine et progressu testamentifactionis apud Rom. pag. 5. sqq.

berg [2]) solchen zu vertheidigen gesucht haben [3]). Von einem Testament ist ein Codicill zu unterscheiden, worunter ein solcher letzter Wille verstanden wird, welcher keine directe Erbeinsetzung enthält, sondern vielmehr einen directen Erben voraussetzt, an welchen derselbe gerichtet wird. Durch ein solches Codicill kann zwar auch, so gut wie in einem Testamente, eine successio universalis bestimmt werden, allein nur durch ein Fideicommiß. Daher sagt Justinian [4]): Directo hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam *per fideicommissum* hereditas codicillis iure relinquitur. Durch die Einsetzung eines directen Erben unterscheidet sich also ein Testament von einem Codicill; daher ist, wie Justinian [5]) sagt, die heredis institutio gleichsam als das *caput atque fundamentum totius testamenti* anzusehen. Zuweilen wird jedoch das Wort *testamentum* in einer so weitläuftigen Bedeutung genommen, daß ein jeder letzter Wille darunter verstanden wird [6]).

2) Disquis. acad. de testamenti publici origine. *Goett.* 1736. Cap. I. §. 4.

3) Man sehe jedoch Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten 1. Kap. §. 6. und *de* REICHE Comment. ad Tit. Pand. Qui testam. facere poss. *Goett.* 1796. 8. §. 1. pag. 32. sq.

4) §. 2. *I. de codicillis.*

5) §. 34. *I. de legatis.* Add. *L.* 1. §. 3. *D. de vulg. et pup. substit. L.* 10. *D. et L.* 7. *C. de iure codicill. L.* 1. *D. de hered. instit.*

6) *L.* 1. §. 2. *D. de tab. exhib. L.* 15. *D. de mort. cauſ. donat. L.* 3. §. 25. *D. de SCto Silan.* Den practischen Nutzen dieser weitläuftigen Bedeutung des Worts Testament zeigt LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLI. medit. 1. bey einem merkwürdigen Rechtsfalle.

§. 543.

Notherben und willkührliche Erben. Ursprung dieser Eintheilung.

Die Erben sind nun in Rücksicht auf die Einsetzung von zweyerley Art; entweder solche, auf die vermöge gesetzlicher Vorschrift im Testament schlechterdings Rücksicht genommen werden muß, wenn man keine rechtmäßige Ursach hat, sie auszuschliessen, oder es sind solche, deren Einsetzung ganz von der Willkühr des Testirers abhängt. Jene werden Notherben (*heredes neceſſarii*), diese hingegen willkührliche Erben (*heredes voluntarii*) genennt.

Nach dem alten römischen Rechte gab es keine Notherben, sondern es war dem Testirer freye Hand gelassen, zum Erben einzusetzen, wen er wollte. Pomponius [7]) sagt: Verbis legis duodecim Tabularum his: *Uti legaſſit ſuae rei, ita ius eſto*, latiſſima poteſtas tributa videtur et heredes inſtituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. Daher durfte man seine nächsten Verwandten nach Gefallen ausschliessen. Auch selbst das Miteigenthum, welches den ſuis heredibus schon bey Lebzeiten des Vaters an desselben Vermögen vermöge einer rechtlichen Fiction zugeschrieben wird, konnte die Enterbung derselben nicht hindern. Der Vater hatte ja selbst das Recht über Leben und Tod seiner Kinder; warum hätte er also seine Kinder nicht enterben dürfen? Das eine wie das andere war eine Wirkung der väterlichen Gewalt. Daher sagt Paulus [8]) von den ſuis heredibus: licet non ſint here-

7) *L.* 120. *D. de Verb. ſignific.*

8) *L.* 11. *in fin. D. de lib. et poſtum. hered. inſtituend. vel exhered.*

heredes instituti, *domini* sunt; nec obstat, *quod licet eos exheredare*, quod et *occidere* licebat. Galvanus [9]) will zwar dennoch behaupten, daß sui heredes schon nach den Gesetzen der zwölf Tafeln Notherben gewesen wären, welche der Vater auf keine Weise habe enterben können. Allein seine Gründe sind nicht überzeugend, und schon von andern widerlegt worden [10])). Daß bey den Griechen nach den Gesetzen des Solons nur demjenigen erlaubt war, ein Testament zu machen, welcher keine Kinder hatte [11]), beweißt noch nicht, daß die Decemvirs auch jenes Gesetz des Solons angenommen haben. Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie sie uns Cicero [12]) aufbehalten hat, und das Zeugniß ihres Auslegers des Pomponius, beweisen vielmehr das Gegentheil. Noch weniger läßt sich von der Nothwendigkeit der suorum heredum, die väterliche Erbschaft anzunehmen, ein Schluß auf die Verbindlichkeit des Vaters, sie zu Erben einzusetzen, machen, denn die Verbindlichkeit des sui heredis, die väterliche Erbschaft auch wider seinen Willen anzunehmen, war eben sowohl eine Wirkung der väterlichen Gewalt, als das Recht des Vaters, ein solches Kind zu enterben. So allgemein, wie die Worte in den zwölf

9) Dissertationes variae de Usufructu Cap. VIII. num. 14. et 15.

10) Man sehe *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervariens. ad Tit. Pandect. de liberis et postumis P. I. Cap. 3. §. 5. seqq. *Io. van de* WATER Observat. iur. Romani. Lib. 1. cap. 11. pag. 55. sqq. und *Bern. Henr.* REINOLDI Opuscul. iurid. pag. 339. sqq.

11) PLUTARCHUS in Solone. PETITUS ad Leges Attic. Lib. VI. Tit 6. pag. 498.

12) *De inventione* Lib. II. cap. 50. et AUCTOR ad *Herennium* Lib. I. cap. 13. *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.*

zwölf Tafeln lauten, scheint es sogar schon hinreichend gewesen zu seyn, um die Kinder auszuschliessen, wenn nur der Vater einen andern Erben eingesetzt hatte [13]). Livius [14]) führt auch ein Beyspiel von der Präterition eines Enkels von einem Sohn aus dem Testament eines gewissen Demaratus an. Allein sehr bald entstand, zum eigenen Besten der Testirer, der Satz, daß Kinder, die man schon in seiner Gewalt hätte, oder welche nachher noch hineinkamen, oder hinein gekommen wären, wenn man länger gelebt hätte, (liberi et postumi) wenigstens ausdrücklich ausgeschlossen werden müßten, weil es sonst zweifelhaft war, ob der Testirer nicht etwa blos aus Irrthum, oder weil er diese Veränderung der Umstände nicht vorhersahe, einen andern eingesetzt hätte [15]). Die Freiheit, welche den Testirern in den zwölf Tafeln verstattet war, artete jedoch in der Folge in grobe Mißbräuche aus. Zuweilen verläugneten Väter die natürliche Liebe zu ihren Kindern, worauf doch die Gesetzgeber

13) *Franc.* BALDUINUS in Commentar. de Legibus XII. Tabular. Cap. 29. pag. 119. (*Basiliae 1557. 8.*) *Ev.* OTTO in Comm. ad. pr. Inst. de exheredat. liberor. *Ios.* FINESTRES ad Tit. Pand. de liberis et postumis P. I. Cap. 3. §. 7. und *van* de POLL de exheredatione et praeteritione Rom. Cap. VII. §. 4.

14) Lib. I. cap. 34.

15) Hugo Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts (Berlin 1799) §. 88. Man sehe auch HOFACKER Diss. sist. historiam iur. civ. de exheredatione et praeteritione §. 4. HAUBOLD Diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum Praes. *Car. God. de* WINCKLER def. Lipsiae 1784. Cap. 3. pag. 9. und TILLING de postumis heredibus instituendis vel exheredandis ad LL. 28. §. 1. et 29. D. de lib. et postum. Specim. I. *Lipsiae 1790.* pag. 31. in fin. et seqq.

ber ganz vorzüglich gerechnet hatten [16]), so sehr, daß sie selbige ohne alle Ursache enterbten [17]). Weil nun ein solches Benehmen der Väter nicht nur unbillig, sondern auch vernunftwidrig zu seyn schien [18]); so wurde zuerst durch die Praxis der Centumviralgerichte [19]), und zwar anfangs blos zum Besten der Kinder, ein Rechtsmittel eingeführt, wodurch sie darauf antragen konnten, daß ein solches liebloses Testament aufgehoben ward, eben so, als wäre der Testator nicht bey Sinnen gewesen [20]). Man nannte dieses

Rechts-

16) Hierauf zielt Cicero, wenn er *pro Roscio Amer.* cap. 19. sagt: Multa oportet esse vitia, atque peccata filii, quibus parens potuerit animum inducere, ut naturam ipsam vinceret, ut amorem illum penitus insitum eiiceret ex animo, ut denique patrem esse sese oblivisceretur.

17) Beyspiele liefern PLINIUS Lib. VI. Epist. 33. und VALERIUS MAXIMUS Lib. VII. cap. 7. Man sehe *Ant.* SCHULTING Diss. de testamentis rescissis; (in EIUS *Commentat. academ. Halae* edit. 1770. 8 Vol. I. Diss. VI.)

18 SENECA de Clementia. l. 14. sagt *Numquid aliquis sanus filium ad primam offensam exheredat?*

19) PLINIUS Lib. V. Ep. 1. Lib. VI. Ep. 33. VALER. MAXIMUS Lib. VII. c. 7. Ex. 1. Daher wird die Inofficiosität-Querel selbst sehr oft iudicium centumvirale genennt. CICERO de Orat. Lib. I. c. 38. *L.* 13. *D. de inoff. testam* L. 30 *D. de liber. leg. Corn. van* BYNCKERSHOEK. Observat. iur. Rom. Lib. V. c. 5. SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 5.

20) *Pr. l. de inoff. testam* heißt es: Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur inique se exheredatos hoc colore, *quasi non sanae mentis fuerint*, cum testamentum ordinarent; und Ulpian sagt *L.* 5. *in fin. D.* eodem.

Rechtsmittel querela inofficioſi, und es wurde in der Folge auch auf Eltern und Geſchwiſter ausgedehnt [21]); zugleich aber wurde auch feſtgeſetzt, daß dieſe Klage wegfallen ſollte, wenn dieſen Perſonen, welche das Teſtament anfechten könnten, ein gewiſſer Theil der Güter, den man den Pflichttheil nennt, wäre hinterlaſſen worden. So entſtand alſo der Unterſchied zwiſchen Notherben und willkührlichen Erben, in Rückſicht auf die Einſetzung, welcher aber mit einer andern Eintheilung der Erben, da ſie in Abſicht auf die Erwerbung der Erbſchaft in nothwendige und freywillige eingetheilt werden, nicht vermiſcht werden darf; von dieſer Eintheilung wird in dem Titel de acquirenda vel omittenda hereditate gehandelt.

Notherben in Rückſicht auf die Einſetzung ſind nun

I. Die Deſcendenten des Teſtirers jedoch

1) nur rechte Kinder, nicht Stiefkinder. Sind jedoch letztere durch die Einkindſchaft gegen die Stiefeltern in Hinſicht auf die künftige Erbfolge in das Verhältniß rechter Kinder geſetzt worden, ſo haben ſie dadurch ein vertragsmäßiges Erbrecht erhalten, welches ihnen durch Teſtament weder entzogen noch geſchmälert werden darf, wenn ihnen auch übrigens der Pflichttheil unbenommen bliebe [22]); es wäre denn, daß die Provinzialrechte den unirenden

dem. Res illo colore defenditur apud iudicem, *ut videatur ille quaſi non ſanae mentis fuiſſe,* cum teſtamentum inique ordinaret.

21) Man vergleiche *Ant.* SCHULTING Diſſ. de teſtamentis reſciſſis §. 5. (in EIUS *commentat. academ.* Vol. I. pag. 289.) und meine Opuſcula iurid. Faſcic. III. pag 39.

22) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XX. med. 7. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 200. §. 48. et 49.

den Stiefeltern die Freyheit zu testiren gestatteten [23]). Ausserdem ist das Testament nichtig [24]). Wären jedoch die vereinten Stiefkinder aus rechtmäßigen Ursachen enterbt worden, so muß eine solche Enterbung ganz wie ein Widerruf der Einkindschaft wegen Undankbarkeit angesehen, und behandelt werden [25]). Zwar können die Kinder durch eine solche Enterbung an ihren eigenen, in die Einkindschaft eingeworfenen Gütern schlechterdings nichts verlieren, aber von dem Vermögen ihrer sie enterbenden Stiefeltern können sie nun nichts erhalten.

2) In Ansehung des Vaters eheliche Kinder. Den unehelichen Kindern gehört kein Pflichttheil, ausser wenn

Westphals teutsches Privatrecht 2. Th. Abth. 48. §. 10. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 613. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 676. Anderer Meinung sind zwar *Io. Hartw.* REUTER Diss. de iure testandi unientibus post initam unionem prolium competente. *Halae* 1750. § 30. et 31. Böhmer in den ausserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 2. Abth. Resp. 57 nr. 9 u. a. m allein man sehe *Ge. Henr.* AYRER Diss. de indole unionis prolium genuina. *Gottingae* 1756. §. 17. u. Quistorp rechtl. Bemerk 2 Th. Nr. 74.

23) Man sehe z. B. das Trierische Landrecht Tit. IX. §. 6.

24) HOMMEL Rhapsod quaestion for. Vol. III. Obs 500.

25) HARPPRECHT Respons. LXXIX. nr. 70. RICK *ab* ARWEILER Tr. de unione prolium Cap. X §. ult. AYRER cit. Diss. § 18. *Chr. Henr* BREUNING Qu. iur. controv an unio prolium adimat ius testandi paciscentibus. *Lipsiae* 1771. § 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 614. Anderer Meinung sind zwar PUFENDORF Obs. iur. univ. Tom. I. Obs. 200. § 50. Westphal a. a. O. §. 11. und Tafinger über die Lehre von der Eintindschaft § 35. Allein diese Meinung hat Lud. Friedr. Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 5. Band §. 76. Not. e. S. 301. hinlänglich widerlegt.

wenn sie durch eine vollkommene Legitimation das Erbrecht der ehelichgebohrnen erlangt haben. In diesem Falle kommt ihnen so gut, wie den ehelichen Kindern, die Inofficiositätsklage zu [26]).

3) In Ansehung der Mutter auch uneheliche Kinder, insofern sie die Mutter ab intestato beerben. Ulpian [27]) sagt ausdrücklich: De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt.

4) Adoptivkinder, insofern sie plene adoptirt worden sind, und die Adoption nicht bey Lebzeiten des Adoptivvaters ist aufgehoben worden [28]). Sind Kinder arrogirt worden, so kommt es darauf an, ob sie noch unmündig, oder schon mündig sind. Erstere müssen sich mit dem vierten Theile begnügen, der ihnen nach der Verordnung des Kaisers Pius aus des verstorbenen Arrogators Vermögen gebührt [29]), (*quarta Divi Pii*), und ihnen steht im Enterbungsfalle keine querela inofficiosi, sondern nur die *condictio ex constitutione D. Pii* zu [30]), welche eine actio per-

26) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 5. *Io. Ortw.* WESTENBERG de portione legitima, liberis, parentibus et fratribus relinquenda. Dissert. II. Cap. II. §§. 19—35. und *Ge. Henr. Ayrer* Diss de rescripto legitimationis principis pleniſſimum effectum tribuente, legitimi licet liberi extent. *Goett.* 1748. §. 10.

27) *L.* 29. §. 1. *D. h. t. L.* 8. *D. Unde cognati.*

28) §. 2. *I. h. t. L. penult. Cod. de adoption.* VOET ad Pand. h. t. §. 5.

29) *L.* 2. *Cod. de adopt.* §. 3. *et* 6. *I. eodem. L.* 22 *princ. D. eodem.*

30) *L.* 8. §. 15. *D. de inoff. testam.*

personalis ist [31]). Letztere hingegen haben in Ansehung des Wahlvaters eben die Rechte, welche den leiblichen Kindern in Ansehung ihrer Eltern zustehen. Sie müssen also entweder instituirt, oder aus rechtmäßigen Ursachen enterbt werden, sonst können sie das Testament als lieblos anfechten [32]).

Uebrigens kommt es bey Descendenten

a) nicht auf die Nähe des Grades an. Enkel sind daher so gut Notherben, als Söhne und Töchter des Testirers, wenn nur in derselben Linie, worin die Enkel stehen, kein näherer Ascendent vorhanden ist, der ihnen vorgeht [33]). Ihre Eltern müssen also schon vor dem Erblasser verstorben seyn, weil ihnen sonst kein Erbrecht zusteht. Eine successio graduum findet hier nicht Statt. Wenn also z. B. ein Vater seinen Sohn enterbt, und den Enkel von demselben präterirt, so kann dieser, wenn sein Vater den Großvater überlebt hat, weder die Inofficiositätsklage anstellen, noch das Testament rumpiren, wenn sein Vater etwa, ehe noch der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, verstorben wäre [34]). Denn da die Enkel, in Ansehung des Großvaters, kein Intestaterbrecht haben, so lange deren Eltern noch am Leben sind, so kann auch deren Uebergehung das großväterliche Testament nicht rumpiren: cum nec exhere-

31) *L. 1. §. 21. D de collat. bonor.* Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden 3. Band §. 565. ff.

32) *L. 10. §. 5. C. de adopt. L. penult. §. ult. D eodem.* REINOLDI Opuscul. iurid. pag. 347. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. pag. 1693.

33) VOET Comment. ad h. Tit. §. 6 *Io. Hartw.* REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testamenti iuxta ordinem edicti successorii institutae §. 7. 8. et 9.

34) *L. 9. §. 2. D. de lib et posthum. L. 6. pr. D. de iniusto, rupto et irrito testam. L. 4. §. 1. D. de bonor. poss. contra tab. L. 7 pr. D. Unde liberi. Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. Decad. XXIX. Err. 5. VOET ad Pandect. h. t. § 6. *Io. a* SANDE Decision. aureae Lib. IV. Tit. IX. Definit. 7. Koch Bonorum possessio §. 27. S. 289. folg.

heredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat, wie Ulpian [35]) ſagt. Mehrere Rechtsgelehrte [36]) wollen zwar dennoch behaupten, daß den Enkeln die Inofficioſitätsklage zuſtehe, wenn deren enterbter Vater ſelbige nicht habe anſtellen wollen, oder können. Allein Paulus [37]), auf den man ſich beruft, redet nur von der *ſucceſſione ordinum*, welche unſtreitig bey der querela inofficioſi Statt findet [38]), wie ich zu ſeiner Zeit zeigen werde.

b) Iſt auch kein Unterſchied, ob die Kinder zur Zeit des Teſtaments ſchon gebohren waren, oder nicht. Denn auch den Poſtumis gebührt der Pflichttheil, und iſt auf ſie im Teſtament nicht Rückſicht genommen worden, ſo rumpiren ſie entweder das Teſtament, oder ſie können es mit der querela inofficioſi oder wohl gar als nichtig anfechten [39]). Daß bey ihnen die Eigenſchaft der Erbfähigkeit vorausgeſetzt werde, verſteht ſich von ſelbſt [40]). Endlich

c) iſt

35) *Cit. L. 6. pr. De iniuſto, rupto, teſtamento.*

36) VINNIUS Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap 20. NOOTD Comm. ad Pand. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 163.) WESTENBERG de portione legitima Diſſert. II. Cap. II. §. 15. u. a. m.

37) *L. 31. D. h. t.* Si is, qui admittitur ad accuſationem, nolit, aut non poſſit accuſare: an ſequens admittatur, videndum eſt; et placuit, poſſe: *ut fiat ſucceſſioni locus.*

38) *L. 14. D. eodem.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſp. XIII. Th. 5. lit. C. et D. p. 524. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. (*Noviomagi* 1660.) Ex. VII. §. 24. *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione Cap. LXXX. §. 5. Koch a. a. O. § 27. S. 290.

39) §. 1. *et* 5. *I. de exheredat. liberor.* §. 2. *in fin. I. de inoff. teſtam. L. 6. pr. D. eodem. L 3 Cod. eodem. L 4. in fin Cod. de liber. praeterit.* VOET ad Pand. h. t. §. 5. Durch die *Nov.* 115. *cap.* 3. iſt hierin nichts geändert worden, wie *Joſ* FINESTRES in Praelect. Cervar. ad Tit Dig. de liberis et poſtumis P. IV. Cap. 3. a. n. 28 — 36 und Ebenderſelbe in Diatriba de poſtumis, et qui poſtumorum loco ſunt, heredibus inſtituendis vel exheredandis Cap. VI. §. 4. gezeigt hat.

40) *L. 3. C. de poſtum. heredib. inſtit.* WESTENBERG de portione legitima. Diſſ. II. Cap. 2. §. 16. und mein Commentar 2. Th. §. 114. S. 69. ff.

c) ist es auch in Ansehung der leiblichen Kinder gleichviel, ob sie noch in väterlicher Gewalt sind, oder nicht. Denn auch den emancipirten Kindern gehört der Pflichttheil, wenn man keine rechtmäßige Ursach hat, sie auszuschließen [41]). Sind sie unbilliger Weise ausgeschlossen worden, so können sie nach dem Unterschied der Fälle, wovon ich in der Folge handeln werde, entweder die bonorum possessionem contra tabulas suchen, oder die querelam inofficiosi anstellen [42]). Emancipirte Adoptivkinder sind keine Notherben [43]), nur dem Arrogirten, der noch unmündig ist, gebührt die Quarta D. Pii, wenn er ohne rechtmäßige Ursach emancipirt worden ist [44]).

II. Nach den Kindern folgen in der Reihe der Notherben die Eltern, worunter zwar alle Anverwandten der aufsteigenden Linie verstanden werden [45]), sie müssen aber doch

1) rechte Eltern seyn. Stiefeltern kann man nach Gefallen übergehen. Auch die Einkindschaft wirkt, wenigstens in der Regel, kein gegenseitiges Erbrecht auf Seiten der Stiefeltern, wenn nicht durch eine besondere Verabredung ein solches begründet worden ist, oder nach besondern Provinzialrechten dergleichen Statt findet [46]); und

41) § 5. *I. de exheredat. liberor.*

42) *L. 4. Cod. de liberis praeterit. Iof.* FINESTRES Praelect. cit. ad Tit. Pand. de liberis et postum. P. II. Cap. 3. §. 8. et P. IV. Cap. 2. §. 10.

43) §. 4. *I. de exheredat. liber.* Emancipati a patre adoptivo neque iure civili, neque eo iure, quod ad Edictum praetoris attinet, inter liberos connumerantur.

44) §. 3. *I. de adopt.* WESTENBERG c. l. §. 18.

45) *L. 1. 2. et 3. D. de gradib. et adfin. L. 51. D. de Verbor. Signif.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Parens.* und VAN VRYHOFF Observat. iur. civ. Cap. XXIV. pag. 123. sq.

46) STRYK Us. mod. Pand. Tit. de adoptionibus §. 14. Westphal teutsches Privatrecht 2. Th. Abh. 48 §. 13. und Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 676. und Not. a. Das Gegentheil behaupten zwar PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 200. §. 23. HOFACKER Prin-

dann gilt bey den unirenden Eltern eben das, was oben von den unirten Stiefkindern gesagt worden ist. Auch den Adoptiveltern gebührt kein Pflichttheil [47]). Dahingegen bleiben die leiblichen Eltern Notherben, wenn gleich die Kinder von einem andern vollkommen adoptirt worden sind. Marcian [48]) sagt ausdrücklich: Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest. Offenbar ist hier nicht von dem Adoptivvater, sondern von dem leiblichen Vater die Rede, welcher von seinem in die vollkommene Adoption einem andern gegebenen Sohne, nachdem dieser durch den Tod des Adoptivvaters sui iuris geworden, prätcrirt worden ist [49]). In diesem Falle soll dem leiblichen Vater gegen das liebloſe Testament seines Sohns die querela inofficiosi zustehen, wie auch schon längst vorher nach einem Decret des Prätors C. Calpurnius Piso Rechtens war, dessen Valerius Maximus [50]) gedenkt.

a) Ist

Princip. iur. civ. Tom I. §. 612. Tafinger über die Lehre von der Einkindschaft §. 38. und Claproth theor. practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 233. nr. 5. S. 482. Allein diese Meinung widerlegt Ludw. Frid. Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 5. Band §. 75. Not. t. S. 295. folg.

47) Man sehe meine Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. Sect. I. §. 3. (in *Opuscul. iurid.* Fascic. III. pag. 22. sqq.)

48) *L. 30. pr. D. h. t.*

49) *Basilica* Lib. XXXIII. Tit. 1. Tom. V. pag. 258.

50) *Lib. VII. cap. 7. §. 5.* Egregia quoque est *C. Calpurnii Pisonis*, Praetoris urbani, constitutio. Cum enim ad eum *Terentius* ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, *ab uno, in adoptionem dato*, exheridatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto *Pisonem* patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis. Die bonorum possessio, deren hier Erwähnung geschieht, ist die *unde cognati*, wodurch sich der enterbte Vater in dem Falle, wenn der Sohn durch eine vollkommene Adoption aus der Familie und väterlichen Gewalt desselben gekommen war, den Weg zur querela inofficiosi ehemals

2) Ist man nur seinen nächsten Ascendenten den Pflichttheil schuldig. Diese können aber nicht nur Eltern, sondern auch Großeltern seyn, wenn die Eltern schon vor dem Testirer verstorben sind. Ja auch den entferntesten Ascendenten gebührt der Pflichttheil, wenn keine nähern da sind. Der nähere Ascendent schließt also hier, wie bey der Intestaterbfolge, den entferntern aus, und es gilt auch hier, wo von dem Rechte des Pflichttheils und der Inofficiositätsklage die Rede ist, keine successio des Entferntern, wenn der nähere Ascendent, dem ich den Pflichttheil schuldig war, enterbt oder präterirt worden wäre, dieser aber sich der Querel nicht bedienen wollte oder könnte [51]).

3) Uneheliche Kinder sind ihren Eltern nur in sofern den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig, als sie solchen von den Eltern zu fordern berechtiget sind. Denn die Successionsrechte sind in der Regel wechselseitig [52]). Daher kann zwar die Mutter von dem unehelichen Kinde den Pflichttheil verlangen, sofern das Kind die Mutter ab intestato beerbt, und sie kann auch, im Falle sie ohne rechtmäßige Ursache wäre präterirt worden, die Inofficiositätsklage anstellen [53]). dahingegen kann der natürliche Sohn seinen Vater nach Gefallen übergehen, so wie er auch von dem Vater nach Gefallen präterirt werden kann, wofern er nicht auf eine vollkommene Art legitimirt worden ist [54]) Endlich ist noch

mals bahnen mußte. Man sehe über diese Stelle *Ant.* SCHULTING Diss. de testamentis rescissis § 5. (in EIUS *Commentat. academ.* Vol. I. Diss. VI. pag. 288. sq.)

51) S. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 1022. S. 758. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1697. Not. b. pag. 870.

52) Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 693. S. 695.

53) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. 1693. nr. 2. pag. 860. Ob die Mutter eine mater illustris ist, oder nicht, macht keinen Unterschied. STRYK de Success. ab int. Diss. II. cap. I. §. 44. und KOCH de Succ. ab int. §. 57.

54) Meine Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. Sect. I. §. 4. in *Opuscul.* Fasc. III. pag. 33. sqq.

4) zu bemerken, daß die Eltern nur in sofern auf das Recht, den Pflichttheil zu verlangen, Anspruch machen können, als die Kinder selbst testiren, und daher ein Testament zu machen, fähig sind. Denn sind dieselben noch unmündig, und daher zum testiren unfähig, so kann der Vater, der ihnen, vermöge des Rechts der Pupillar-Substitution, ein Testament macht, die Mutter nach Gefallen ausschliessen [55]).

Sind weder Kinder noch Eltern da, denen der Pflichttheil gebührt, oder die vorhandenen sind im Testament ausgeschlossen, und wollen oder können es nicht anfechten; so kommt nun zuletzt die Reihe

III. an die Geschwister [56]). Diesen gehört aber der Pflichttheil nur in dem Falle, wenn ihnen eine ehrlose oder verächtliche Person vorgezogen wird. Daher sagt Justinian [57]): Considerandum est, legem quibusdam testatoribus necessitatem imponere, partem aliquam certis personis tribuendi, tanquam a natura iis debitam, ut liberis, nepotibus, patribus et matribus; *interdum etiam fratribus.* Offenbar ist dieses von dem Falle zu verstehen, auf welchen der Kaiser Constantin der Große die Inofficiositätsklage bey den Geschwistern einschränkt [58]), wie

55) *L. 8. §. 5. D. h. t. Cap. 1. de testam in 6to.* Anderer Meinung sind zwar *Claud.* CHIFLETIUS de portionibus legitimis Cap. 10. WESTENBERG de portione legitima Diss. II. cap. 3. §. 8. und Westphal in der Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 380. Allein man sehe *Ant.* MERENDA Controvers. iur. Lib. III. cap. 40. *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de pupillariter substituto heredes legitimos, praecipue matrem pupilli, excludente. *Haiae 1750. Io. Balthas.* KÜSTNER Diss. de pupillari testamento, praeterita impuberis matre, rato. *Lipsiae 1788.* und *Bern. Henr.* REINOLDI Opuscula iurid. pag. 349. sqq.

56) §. *1. I. h t. L. 1. L. 8. §. 5. D. eodem.* WESTENBERG de portione legitima Diss. II. cap. 4. §. 1. et 2. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. *Goet. 1751.*

57) *Nov. I. Praefat. §. 2.*

58) *L. 27. Cod. h. t. Aegid.* GRAFLAND Diss. ad L. 27. Cod. de inoff. testam. *Lugd. Batavor. 1751.*

wie Justinian schon an einem andern Orte deutlicher gesagt hat [59]). Ob auch schon nach den Gesetzen der Pandecten den Geschwistern diese Klage nur gegen eine verächtliche Person zugestanden habe, ist zweifelhaft. Godefroi [60]) und Noodt [61]) haben dieses aus verschiedenen Stellen [62]) wahrscheinlich zu machen gesucht. Allein Johann *van de* WATER [63]) und Joh. Wilh. Marckart [64]) denen auch Püttmann [65]) beystimmt, behaupten, daß vor Constantin den präterirten Geschwistern, ohne allen Unterschied, der eingesetzte Erbe mochte eine anständige oder verächtliche Person seyn, die querela inofficiosi zugestanden habe [66]). Dem sey, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß nach der Verordnung des Kaisers Constantin Geschwister nur dann über Lieblosigkeit gegründete Beschwerde führen können, wenn ihnen eine ehrlose oder verächtliche Person ist vorgezogen worden. Die Verordnung selbst lautet im Justinianeischen Codex [67]) also: Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur. Consanguinei autem, durante agnatione, vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis, de inofficioso quaestionem movere possunt, *si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur*: vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecu. . in-

59) §. 1. *I. h. t.* Soror autem et frater, *turpibus personis scriptis heredibus*, ex sacris Constitutionibus praelati sunt. Non ergo *contra omnes heredes* agere possunt.

60) Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. h. t.

61) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 162.

62) *L. 24. L. 31. §. 1. D. h. t.*

63) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 12.

64) Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 14.

65) Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus uterinis haud concedenda. *Lipsiae 1761.* Cap. I. §. 3.

66) Man sehe auch *Corn. van.* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 5. und meine Opusc. iurid. Fascic. III. pag. 9. sqq.

67) *L. 27. C. h. t.*

ſtituti ſunt: excepto ſervo neceſſario herede inſtituto. Tribonian hat dieſe Lex eigentlich aus zwey verſchiedenen Verordnungen des Kaiſers Conſtantin des Großen zuſammen geſetzt, nämlich aus der *L.* 1. und *L.* 3. *Cod. Theod. de inoff. teſtam.* und da hierin manches abgeändert worden iſt, ſo iſt es nöthig, die Quelle, aus der Tribonian ſchöpfte, näher kennen zu lernen. Die *L.* 1. *Cod. Theod. h. t.* iſt folgenden Inhalts: Fratres *uterini* ab inofficioſis actionibus arceantur: et *germanis* tantummodo fratribus adverſus eos duntaxat inſtitutos heredes, *quibus inuſtas conſtiterit eſſe notas deteſtabilis turpitudinis*, agnatione durante, ſine auxilio Praetoris, petitionis aditus referretur. Die Worte der *L.* 3. *C. Th. eodem* hingegen lauten ſo: Servus neceſſarius inſtituendus eſt, quia non magis patrimonium, duam infamiam conſequi videtur. Unde claret, actionem inofficioſi fratribus relaxatam, *cum infamiae adſpergitur vitiis is*, qui *heres* extitit, omniaque fratribus tradi, quae *per turpitudinem* aut aliquam *levem notam* capere non poteſt inſtitutus. Ita in hac quoque parte, ſi quando libertis heredibus inſtitutis fratres fuerint alieni, inofficioſi actione propoſita, praevaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.

Aus der Vergleichung dieſer Geſetze ergiebt ſich,

1) daß nicht allen Geſchwiſtern ohne Unterſchied die querela inofficioſi zuſtehen ſoll, ſondern nur den fratribus atque ſororibus *germanis* und *conſanguineis*. Conſtantin gedenkt zwar nur der *fratrum germanorum*, und Tribonian hat anſtatt germani das Wort *conſanguinei* geſetzt. Allein Conſtantin verſteht ohne Zweifel unter den *germanis* alle rechtmäßige Geſchwiſter; die einen und denſelben Vater haben, ſie mögen entweder mit einerley Mutter (vollbürtige Geſchwiſter, *germani proprie ſic dicti.*) oder mit verſchiedenen Müttern erzeugt ſeyn (*conſanguinei*, rechtmäſſige Halbgeſchwiſter vom Vater her), wie auch Godefroi [68]) bemerkt hat. Man ſieht dies ganz deutlich dar-

68) Commentar. ad. L. 1. Cod. Theod. h. t. (Tom. I. pag. 197. ſq. *edit. Ritter*).

daraus, weil Constantin die fratres *germanos* und *uterinos* einander entgegen setzt. Eben so sind auch unter dem Worte *consanguinei*, welches Tribonian braucht, unstreitig die vollbürtigen Geschwister (germani) mit begriffen, weil diese beyde Arten der Geschwister, nämlich die vollbürtigen, (*bilaterales* s. *germani* proprie sic dicti) und die halbbürtigen von väterlicher Seite *consanguinei*) nach dem Rechte des damaligen Zeitalters in Absicht auf die Erbfolge nicht unterschieden waren; daher werden auch die Benennungen *fratres germani* und *consanguinei* in unsern Gesetzen oft als gleichbedeutend gebraucht, wie Just Henning Böhmer [69]) hinlänglich gezeigt hat. Vermuthlich dachte Tribonian, das Wort *germani*, welches Constantin gebraucht, möchte zu dem Mißverstande Anlaß geben, als ob auch die consanguinei keine Querel anstellen könnten. Daran dachte aber freylich Tribonian wohl nicht, daß sein gebrauchter Ausdruck in neuern Zeiten berühmte Rechtsgelehrten zu dem Irrthum verleiten würde, als ob blos bey den fratribus consanguineis die Einsetzung unanständiger Erben die Bedingung sey, unter welcher ihnen die querela inofficiosi zustehe, dahingegen bey präterirten vollbürtigen Geschwistern die Qualität des eingesetzten Erben nicht in Betrachtung komme [70]). In dieser Rücksicht hätte also Tribonian freylich die germanos nicht auslassen, sondern *germani et consanguinei* setzen sollen. Darin stimmen nun aber beyde Tribonian und Constantin überein, daß die *fratres uterini* von aller Querel schlechterdings ausgeschlossen seyn sollen, der eingesetzte Erbe sey, wer er wolle, eine anständige oder schändliche Person; nur setzt Tribonian der Deutlichkeit wegen die Worte: *vel sorores* hinzu.

69) Diss. de querela inofficiosi fratrum consanguineorum. *Halae 1721.* §. 18.

70) *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 12. *Io. Nic.* HERTIUS in Diss de fratris germani querela inofficiosi adversus quoscunque (in *Opuscul* Vol II. Tom. III. pag 91. sqq.) und *Franc.* ALEF in Diss. de fratre germano, fratris testamentum contra quoscunque expugnante (in EIUS *Diebus academ.* s. *Opuscul.* Diss. XXII. pag. 598. sqq.)

zu. Unter den *fratribus et sororibus uterinis* werden Halbgeschwister von mütterlicher Seite verstanden, welche entweder von einer Mutter aber mit verschiedenen Vätern in rechtmäßiger Ehe, oder zwar von einem Vater mit derselben Mutter, aber ausser der Ehe erzeugt, und auch nachher nicht vollkommen legitimirt worden sind, und daher zwar der Mutter, aber nicht dem Vater vollkommen succediren [71]). Vor Constantin war unter den Geschwistern in Absicht auf die Inofficiositätsklage kein Unterschied. Die römischen Gesetze vor Constantin [72]) reden wenigstens immer von Geschwistern überhaupt. Man behauptet daher nicht ohne Grund, daß auch sogar den fratribus uterinis, wenn sie nämlich zuvor um die bonorum possessionem *unde cognati* angesucht hatten, der Weg zur Inofficiositätsklage offen gestanden habe [73]). Allein Kr. Constantin will, daß die fratres uterini von dieser Querel gänzlich ausgeschlossen seyn sollen, und hierin hat Tribonian nichts geändert. Fragt man warum? so giebt man hiervon verschiedene Gründe an.

a) Hatten die fratres uterini, als bloße Cognaten, nach den damals geltenden Civilgesetzen kein Intestaterbrecht. Darum hätte ihnen auch keine Querel gestattet werden können. Diesen Grund führen Böhmer [74]) und Grasland [75]) als den Hauptgrund an. Allein dagegen läßt sich einwenden, daß ja die uterini vorher die Querel anstellen, und durch die

71) KOCH de Successione ab intestato §. 83. seqq.

72) *L. 1. D. et L. 21. Cod. h. t.*

73) *Franc.* BALDUINUS in Constantino M. Lib. II. pag. 248. (*edit. Argent. 1612. 8*). *Ant.* FABER in Rationalib. ad L. 6. D. de inoff. testam. *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione Cap. LXI. §. 1. sqq. *Io. Christ.* WOLTAER in Diss. flores ad ius querelae de inofficioso testamento sparsos cont. *Halae 1778.* Sect. I. cap. I. §. 2. pag. 16. seq. und *Christ. Gottl.* HAUBOLD in Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficios. Cap. VI. pag. 26.

74) Diss. de querela inoff. fratrum consanguineor. §. 13.

75) Diss. ad L. 27. C. h. t.

die bonorum possessio *unde cognati* ein Intestaterbrecht erlangen konnten. Es wäre aber auch in der That ganz unnöthig gewesen, sie durch ein besonderes Gesetz auszuschliessen, wenn sie schon darum, weil ihnen, als Cognaten, nach den Civilgesetzen kein Intestaterbrecht zustand, ipso iure von aller Querel ausgeschlossen gewesen wären. Noch unbegreiflicher aber wäre es, wie Tribonian diese Verordnung hierin hätte unabgeändert lassen können, da zu der Zeit, als die L. 27. dem Codex inserirt wurde, die uterini schon nach dem Civilrecht ab intestato erbten [76]). Man sagt ferner

b) Constantin habe die uterinos von der Inofficiositätsklage darum ausgeschlossen, weil die Beleidigung, welche aus der Erbeinsetzung einer schändlichen Person den übergangenen Geschwistern zugefügt wird, die uterinos nicht so, wie die fratres germanos und consanguineos treffe, da sie mit dem Erblasser nicht gleichen Namen, sondern nomen alienae gentis, führen. Diesen Grund giebt Joh. Gottf. Bauer [77]) als den vorzüglichsten an. Noch andere sagen,

c) Constantin habe durch Beschränkung der Inofficiositätsklage bey Geschwistern die Freyheit zu testiren erweitern wollen [78]).

Der Grund des Gesetzes sey indessen, welcher er wolle, genug die Verordnung desselben ist ganz deutlich gefaßt Es tritt hier unläugbar ein, was Julian und Neratius [79]) lehren: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest. *Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*

2) Soviel die Bedingungen anbetrift, unter welchen den vollbürtigen Geschwistern und Halbgeschwistern vom Va-

76) *L. 14 §. 1. Cod de legitim. heredit. L. 15 §. 1. Cod. eodem.*

77) Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. *Lipsiae 1731.* §. 16. in fin.

78) BALDUINUS in Constantino M. pag. 248.

79) *L. 20. L. 21. D. de Legib.*

Vater her die querela inofficioſi zuſtehen ſoll, ſo beſtehen ſie nach der Verordnung des Ks. Conſtantin darin.

a) Soll ihnen nur *agnatione durante* der Weg zu dieſer Klage offenſtehen. Dies bezieht ſich darauf, daß die Emancipation noch zu Conſtantins Zeiten das Agnationsrecht aufhob. Allein nach Tribonians Interpolation fällt dieſe Bedingung weg. Denn in der *L.* 27. *C. h. t.* findet man die merkwürdige Abänderung: *durante agnatione, vel non*, wodurch Tribonian anzeigen will, daß bey der Querel der Geſchwiſter auf dieſen Umſtand, ob ſie emancipirt ſind, oder nicht, gar nichts mehr ankommen ſolle, weil Juſtinian dieſen Unterſchied auch bey der Inteſtaterbfolge der Geſchwiſter aufgehoben hat [80]).

b) Soll ihnen die Querel nicht gegen alle, ſondern nur gegen ſolche eingeſetzte Erben zuſtehen, *quibus inuſtas conſtiterit eſſe notas deteſtabilis turpitudinis*, und in dieſem Falle ſoll den übergangenen Geſchwiſtern alles herausgegeben werden, *quae per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non poteſt inſtitutus*, wie ſich der Kr. Conſtantin *L.* 1. *et* 3 *C. Th. h. t.* ausdrückt. Tribonian ſetzt ſtatt deſſen: *ſi ſcripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adſpergantur*. Es ergiebt ſich hieraus, daß der Erbe eine ſolche Perſon ſeyn müſſe, die entweder mit einer infamia iuris, oder mit einer infamia facti behaftet iſt, oder die wenigſtens zu den Perſonen gehört, welche einer gewiſſen allgemeinen, geſetzlich nicht verworfenen Verächtlichkeit und Niedrigkeit ausgeſetzt ſind (levi nota adſperſi). Das Weitere iſt hier aus dem Titel *de his, qui notantur infamia* zu ergänzen [81]). Hier bemerke ich nur, daß die levis nota,

80) *L.* 15. §. 1. *Cod. de legit. hered.* PÜTTMANN Diſſ. de querela inoff. teſt. fratribus uterinis haud conced. Cap. I. §. 5.

81) Man ſehe den 5. Th. dieſes Commentars. S. 129. ff. de CANNGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſellan. Tom. I. Deciſ. 15. Chriſt. Gotth. Hübner über Ehre und Ehrloſigkeit S. 97. ff. und Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 86. folg.

nota, die in der Verordnung des Ks. Constantin ohne Unterschied den Freygelassenen beygelegt wird, in der Verordnung der *L.* 27 *C. h. t.* nur auf den Fall eingeschränkt worden ist, wenn sie sich undankbar gegen ihren Patron bezeigt haben [82]). Diese Abänderung war freylich darum nöthig, weil Justinian den Freygelassenen die Bürger- und Ingenuitätsrechte mitgetheilt hatte [83]). War ein Freygelassener dergestallt zur Freyheit gekommen, daß er als ein heres necessarius seines verstorbenen Herrn Schulden und die Schande der Vergantung übernehmen mußte, so konnten die übergangenen Geschwister des Testirers gegen diesen gar nicht klagen. Da heutiges Tages auch die uneheliche Geburt eine Art von Anrüchtigkeit nach sich zieht [84]) so behaupten mehrere Rechtsgelehrten [85]), daß die Inofficiositätsklage h. z. T. auch in dem Falle gegründet sey, wenn man ein uneheliches Kind mit Ausschliessung seiner Geschwister im Testament zum Erben eingesetzt hat. So erkannte man auch sonst in der Praxis [86]). Allein mit Recht wird dieser Meinung entgegen gesetzt, daß die Wirkungen der Anrüchtigkeit nicht weiter erstreckt werden können, als die Gesetze selbige ausdrücklich bestimmt haben. Nun giebt weder ein Römisches noch allgemeines teutsches Gesetz in diesem Falle den übergangenen Geschwistern eine Querel; sie kann ihnen also um so weniger gestattet werden, da sie zu den besondern römischen Rechtsinstituten gehört, welche blos aus dem Röm. Rech-

82) Es ist nämlich in der *L.* 27. *C. h. t.* bey den Worten: *maximisque beneficiis suum patronum adsecuti*, das non ausgelassen worden, wie PÜTTMANN in Interpretat. et Observat. iur. Rom. Cap. 29. pag. 143. gegen Reinold ausser Zweifel gesetzt hat.

83) *L. un. C. de latinor. libert. toll.*

84) S. meinen Commentar 5. Th. §. 385. S. 210. ff.

85) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h t. §. 22 WESTENBERG de portione legitima. Diff. II. Cap. IV. §. 5. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 381. S. 269. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. not. l.

86) CARPZOV Iurisprud. for. P. III. Const. 20. Def. 10.

Rechte beurtheilt werden müssen [87]). Hiermit stimmt auch der neuere Gerichtsgebrauch überein [88]).

Uebrigens haben vollbürtige Geschwister in Ansehung der bemerkten Bedingung vor den Halbgeschwistern nichts zum voraus. Denn die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche den präterirten vollbürtigen Geschwistern die Inofficiositätsklage gegen jeden eingesetzten Erben ohne Unterschied gestatten wollen, ist weder in der Theorie [89]) noch Praxis [90]) gegründet. Ob durch die Nov. 118. in dieser Lehre Aenderungen gemacht worden sind? wird die Fortsetzung im folg. Bande lehren.

87) VOET h. t. §. 10. HEINECCIUS in Diss. de levis notae macula §. 35. PÜTTMANN Diss de querela inofficiosi testamenti fratribus atque sororibus contra spurios haud competente. *Lipsiae 1772. Ge. Lud* BOEHMER in Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum §. 17. und **Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit** S. 107. am Ende u. folg.

88) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 615. *de* CANNGIESSER Collectio Decision. Hasso-Casselan. Tom. I. Decis. 116. und *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. forens. Tom. I. cap. 89.

89) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de querela inofficiosi fratrum consanguineorum § 17. et 18. HAUBOLD Diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. Cap. VI. pag. 26. **Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 381. S. 269. folg.**

90) *L. B. a* WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 35. und HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 497. pag. 159. sq.

Druckfehler.

S. 467. §. 530. in der Ueberschrift Z. 3. ist statt **belegt** vielmehr belangt zu lesen. S. 510. Z. 3. ließ st. mehrhaften **mehrfachen**. S. 549. Z. 15. ließ st. poene **poena**. S. 550. Z. 4. ist st. auf den vielmehr **auf dem** zu lesen.

K
G5675A8
Th.6
Abth.1

Glück, Christian Friedrich von
Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 06 03 09 011 2